

DERECHO PENAL

TENTATIVA INACABADA, TENTATIVA ACABADA Y DESISTIMIENTO

CARMEN ALASTUEY DOBÓN

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Resumen: A pesar de que la doctrina y la jurisprudencia asumen una estricta vinculación entre tentativa inacabada y desistimiento pasivo, por un lado, y tentativa acabada y desistimiento activo, por otro, es necesario tener en cuenta que la delimitación entre las formas de tentativa es una cuestión que debe resolverse en sede de injusto, mientras que en materia de desistimiento priman las consideraciones político-criminales. Ello conduce a la ruptura de las citadas correlaciones, por ejemplo, en los casos en que el sujeto, tras algún fracaso previo, puede perseguir todavía la consumación.

Palabras clave: Tentativa inacabada, tentativa acabada, desistimiento en la tentativa.

Abstract: A strict link between uncompleted attempt and passive renunciation of criminal purpose is assumed by both judges and scholars. They also accept such correlation between completed attempt and active renunciation of criminal purpose. However, the proper boundaries of the criminal attempt must be assessed within the legal real of the criminal behavior, whereas the role of renunciation of criminal purpose depends upon political considerations. This idea challenges the mention correlations in cases in which the subject, after a failed attempt, might still be able to pursue the consumption of the crime.

Key Words: Completed attempt, uncompleted attempt, renunciation of criminal purpose.

Sumario I. Recordatorio de la regulación vigente y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial. **II.** Planteamiento del problema y avance de las soluciones. **III.** La delimitación entre la tentativa inacabada y la

tentativa acabada. 1. Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia. 2. Toma de postura. **IV.** La posibilidad de desistimiento y sus modalidades. 1. La consideración individualizada. Crítica. 2. Toma de postura a favor de la consideración global. **V.** Recapitulación.

I. Recordatorio de la regulación vigente y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial

En el seno de la tentativa, como fase de la ejecución del delito a caballo entre la preparación y la consumación, el Código penal, en el art. 16.1, distingue todavía entre dos escalones del proceso ejecutivo: por un lado, como primer estadio, el supuesto en que el sujeto realiza parte de los actos que deberían dar lugar a la consumación y, por otro lado, avanzando un paso más, el supuesto en que el sujeto lleva a cabo todos los actos que deberían dar lugar a la consumación («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Para distinguir estas dos formas de tentativa tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan los términos «tentativa inacabada» y «tentativa acabada» respectivamente¹.

¹ Esta terminología está ampliamente aceptada. Véanse, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 185; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español, Parte General, Volumen II, Teoría del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 71; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 419; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 122. En cuanto a ejemplos del uso de estos términos por parte de la jurisprudencia, me remito a las sentencias del Tribunal Supremo que serán citadas posteriormente. Como excepción, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, L 13/61, 62 estima preferible hablar de «ejecución completa» como contrapuesta a «ejecución parcial», para evitar confusiones, por entender que la distinción que realiza el Código penal español no coincide necesariamente con la que utiliza la doctrina alemana de «tentativa acabada» y «tentativa inacabada». Opina Mir que la doctrina alemana emplea esta distinción en lo referente al desistimiento voluntario del sujeto, en los casos en que hay que distinguir entre la parte de la ejecución que corresponde al sujeto y la que queda en manos de otras personas, de manera que la tentativa será inacabada cuando el sujeto aún no haya terminado su parte, y acabada cuando la haya terminado (aunque falte la intervención de otras personas). En cambio, a su modo de ver, de acuerdo con la regulación española, la ejecución solo puede ser total (tentativa acabada) cuando se hayan realizado tanto los actos que le correspondía realizar al sujeto como los que correspondan a terceras personas (L 13/ 64 ss.). Es cierto que en Alemania se utilizan los términos solo en materia de desistimiento, pero no únicamente en el sentido indicado por Mir Puig (véanse MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 242; y SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, p. 122). Ahora bien, si lo que quiere decir Mir es que los conceptos de tentativa acabada e inacabada definidos pensando en los efectos que pro-

Que la tentativa de delito se encuentre en una u otra etapa repercute en la determinación de la consecuencia jurídica aplicable al autor del hecho. En efecto, el art. 62 del CP, tras indicar que a la tentativa de delito le corresponde la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, menciona como uno de los criterios que deben tenerse en cuenta necesariamente a la hora de concretar la extensión de la pena del delito intentado el del «grado de ejecución alcanzado». Se refiere aquí indudablemente el Código penal a las dos aludidas formas de tentativa o, lo que es lo mismo, a los dos posibles grados de ejecución de un hecho que se encuentra en la fase de tentativa². Ciertamente, la repercusión penológica de la distinción es relativa, desde el momento en que es preciso combinar el mencionado criterio con el del «peligro inherente al intento», pudiendo dar dicha combinación como resultado la rebaja de la pena en dos grados incluso en un caso de tentativa acabada³ o, a la inversa, el descenso en un único grado en la tentativa inacabada. Pero también es verdad que, al margen de la decisión que se adopte en el caso concreto una vez tenidos en cuenta los dos parámetros legales de individualización de la pena en la tentativa, debe partirse de que en principio a la tentativa acabada le corresponde mayor pena que a la inacabada, dado que en la primera la ejecución del delito, sin ser plena, ha llegado más lejos que en la segunda. El Tribunal Supremo entiende, incluso, probablemente influenciado por la antigua regulación, que en los casos de tentativa acabada corresponde descender la pena solo en un grado y en dos en la inacabada, lo que permite hacerse una idea de la relevancia práctica de la cuestión⁴.

ducen en el desistimiento, como se hace en Alemania, no sirven para determinar el grado de ejecución, está en lo cierto, tal y como se intentará demostrar en el texto. En otro orden de cosas, es por todos conocido que la tentativa inacabada se corresponde en su contenido con la «tentativa» del Código penal derogado, y la tentativa acabada con el antiguo «delito frustrado» (art. 3 del Código penal de 1973), lo que no significa que la tentativa acabada equivalga a frustrada en el sentido de fracasada (sobre el concepto de tentativa fracasada, véase *infra*, nota 28).

² Hacen hincapié en la relevancia de la distinción entre tentativa inacabada y acabada en la determinación de la pena aplicable a la tentativa, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, p. 479; DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 91-92; GRACIA MARTÍN, *El «iter criminis» en el Código penal español de 1995*, en «El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, p. 269; y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*, ob. cit., pp. 122, 135.

³ Lo que, como es sabido, no era posible con el derogado Código penal, pues su art. 51 disponía lo siguiente: «a los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado».

⁴ Entre otras muchas, pueden verse las SsTS 798/2006, de 14 de julio; 522/2007, de 2 de noviembre; 79/2009 de 10 de febrero, y las citadas en esta última. Sobre ello, GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 334. Critica esta tendencia la STS 174/2010, de 4 de marzo.

En definitiva, no cabe duda de que si es más grave la tentativa acabada que la inacabada, tal y como la Ley reconoce expresamente, será necesario dilucidar cómo se distingue una de la otra a efectos de saber cuál es el grado de ejecución que se ha alcanzado en cada caso⁵.

Pero donde entiende la doctrina que repercute en mayor medida la distinción entre tentativa inacabada y acabada es en materia de desistimiento^{6,7}. A esta última figura se refiere ya el art. 16.1 CP en su inciso final, donde se alude, de acuerdo con la opinión mayoritaria, que considero acertada, a un requisito de la punibilidad de la tentativa y no a un elemento negativo del tipo de la misma⁸: para que la tentativa sea punible es necesario que el resultado —en el sentido de la consumación del delito— no se produzca «por causas independientes de la voluntad del autor». Expuesto a la inversa, si la razón por la que el delito no se consuma es porque el autor voluntariamente evita la consumación, la tentativa queda impune. Y esto es precisamente lo que dice el art. 16.2 CP, en cuya virtud si el autor de una tentativa de delito evita voluntariamente la consumación quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado.

⁵ Por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/61.

⁶ Véanse ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, ob. cit., p. 479; BACIGALUPO ZAPATER, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (COORD.), COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, TOMO 1, BOSCH, BARCELONA, 2007, p. 121; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, p. 384; y GRACIA MARTÍN, *El «iter criminis»*, ob. cit., p. 270.

⁷ El término «desistimiento» se utiliza aquí, como es habitual actualmente, de forma que englobe todos los casos de evitación de la consumación (así ya MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 9). La jurisprudencia sigue reservando el término «desistimiento» para los casos de abandono de la ejecución iniciada, y habla de «arrepentimiento activo» para los supuestos en que se requiere un comportamiento activo para impedir la producción del resultado (así, por ejemplo, entre otras, STS 210/2007, de 15 de marzo).

⁸ Véanse CEREZO MIR, *Curso III*, ob. cit., p. 192; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 120-123; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 64-65; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 163 ss.; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007, pp. 159-160; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, ob. cit., p. 424; PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 144. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, de la Sala Segunda, de 15 de febrero de 2002). Considera lo contrario, como ya es sabido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/96. Véanse también, en el mismo sentido que el autor citado en último lugar, Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal español, Parte General, en esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 500; y POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 245, 268 s., quien defiende que el desistimiento «excluye el injusto típico de la tentativa», pues la «tentativa y el desistimiento forman una unidad en sentido valorativo» y «si existe un desistimiento voluntario y eficaz» no llega «a existir el injusto de la tentativa».

En cuanto a cómo puede el sujeto evitar la consumación, y lograr en consecuencia la impunidad si lo hace voluntariamente, tras haber llevado a cabo actos ejecutivos que determinan la existencia de una tentativa, el mismo precepto (art. 16.2) indica las dos maneras: «bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado». Unánimemente se afirma que aquí aparece de nuevo la distinción entre tentativa inacabada y acabada. En efecto, partiendo de los datos legales que acaban de ser expuestos, tanto la doctrina como la jurisprudencia dan por supuesto que la primera modalidad de desistimiento a la que alude el precepto va referida a los casos de tentativa inacabada y la segunda, en cambio, a la acabada, pues si se han practicado solo parte de los actos ejecutivos precisos para la producción del resultado bastará con suspender la ejecución para lograr que el delito no se consume, esto es, será suficiente con un desistimiento pasivo, mientras que si se han concluido todos los actos ejecutivos hará falta un desistimiento activo, es decir, una conducta por parte del sujeto que impida que la ejecución completa desemboque en la consumación. En consecuencia, se acepta como algo que no puede ser objeto de discusión que la tentativa inacabada va ligada a un desistimiento pasivo y la tentativa acabada a un desistimiento activo⁹. De manera que, por ejemplo, si tras encarar el arma con dolo de matar a otro, el sujeto apunta pero no llega a disparar, habrá un desistimiento (pasivo) en una tentativa inacabada. En cambio, quien ha planeado matar a otro haciendo estallar una bomba a una determinada hora, después de haber preparado todo el mecanismo tiene que desactivarla para evitar la consumación (desistimiento activo en una tentativa acabada)¹⁰.

⁹ En la doctrina, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, *Comentarios*, ob. cit., p. 121 (con la terminología desistimiento/arrepentimiento); CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 73-74; GRACIA MARTÍN, *El «iter criminis»*, ob. cit., p. 270; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/107; MORENO-TORRES HERRERA, en ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), PÉREZ ALONSO (Coord.), *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 719-720; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 425; QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 2.ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 599 (también, desistimiento/arrepentimiento). En cuanto a las Sentencias del Tribunal Supremo, pueden verse entre otras, la 166/2004, de 16 de febrero y la 721/2007, de 14 de septiembre.

¹⁰ Los ejemplos han sido tomados de MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/108.

II. Planteamiento del problema y avance de las soluciones

Si la relación entre la forma de la tentativa y la clase de desistimiento fuese tan estricta como se dice, sería posible formular conceptos de tentativa inacabada y acabada basados en la diferencia existente entre ambas en el plano de lo injusto —es decir, relevante a efectos de lo dispuesto en el art. 62 CP— que luego fueran válidos sin fisuras en materia de desistimiento: los casos previamente definidos como de tentativa inacabada solo podrían vincularse a un desistimiento pasivo y, por el contrario, en los casos de tentativa acabada únicamente sería posible uno activo¹¹. También podría pensarse en operar a la inversa, de manera que los conceptos de tentativa inacabada y acabada se definieran desde el desistimiento: en los casos dudosos, bastaría con preguntarse sobre cómo tiene que comportarse el sujeto para desistir, y así, si le basta con dejar de actuar, es porque la tentativa era inacabada, mientras que si tiene que impedir la producción del resultado, es porque la tentativa está acabada¹².

Sin embargo, lo que se pretende aquí poner de manifiesto es que ninguno de estos dos enfoques que gozan de tan amplio reconocimiento conduce a resultados plenamente satisfactorios, por la sencilla razón de que la regulación del desistimiento y, por ende, las decisiones que se adopten en la interpretación de dicha regulación, se basan en consideraciones político-criminales ajenas por completo a la delimitación dogmática entre las dos formas de tentativa. Todo ello va a ser expuesto tomando como punto de referencia el grupo de casos en el que se asocia con mayor frecuencia la cuestión de la delimitación entre tentativa inacabada y acabada con las soluciones dadas en materia de desistimiento. Se trata de los supuestos en los que el sujeto, tras haber realizado actos ejecutivos idóneos para producir el resultado, pero que en contra de lo esperado no han desembocado en él, podría aún perseguir la consumación con ulteriores actos, bien poniendo en práctica los mismos medios utilizados en la primera ocasión, bien recurriendo a medios distintos. A la hora de ejemplificar suele mencionarse el caso de quien dispara a otro con ánimo de matarle, pero la bala no da en el blanco y el sujeto no continúa disparando, a pesar de que podía hacerlo —y lo sabía—, pues disponía de más balas en el cargador y la víctima estaba a tiro todavía.

¹¹ Se da por supuesto en la doctrina que los requisitos del desistimiento son distintos en la tentativa inacabada y en la acabada. V., por ejemplo, BACIGALUGO ZAPATER, *Comentarios*, ob. cit., pp. 122-123.

¹² Dice CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 91, que «uno de los principales tests acerca de si la tentativa está acabada o inacabada» es preguntarse por lo que el autor tiene que hacer para desistir.

Si estos casos son de tentativa inacabada o, por el contrario, acabada y cómo ha de resolverse en ellos la cuestión del desistimiento, son asuntos sobre los que ha discutido ampliamente la doctrina alemana¹³, pero tampoco son en absoluto desconocidos en España, donde se han trasladado los planteamientos doctrinales de aquel país¹⁴. Se trata de decidir si cabe entender que la renuncia del sujeto a continuar disparando merece considerarse como un desistimiento que, de ser voluntario¹⁵, daría lugar a la impunidad de la tentativa o si, por el contrario, en casos como el referido ya no es posible desistir. Para dar respuesta a las cuestiones planteadas en relación con los casos que presentan estas características se mantienen en la actualidad, básicamente, dos tesis. En primer lugar, la denominada *teoría de la consideración global*. Quienes la mantienen entienden la tentativa como no (definitivamente) fracasada en tanto en cuanto el sujeto pueda todavía perseguir la producción del resultado realizando actos ejecutivos que se encuentren inmediatamente conectados con los llevados a cabo hasta entonces, con independencia de que haya habido previamente fracasos parciales, con lo que el abandono voluntario da lugar a la impunidad de la tentativa. Para los defensores de esa tesis, los ejemplos son de tentativa inacabada, puesto que para desistir basta con un mero abandono de la ejecución¹⁶. En segundo lugar, se defiende la *teoría de la consideración individualizada*, cuyos representantes consideran la tentativa ya fracasada tras el primer intento apto para producir el resultado, con lo que queda excluido el desistimiento. Para quienes abogan por este planteamiento, la tentativa está acabada en estos ejemplos, con lo que solo es posible un desistimiento activo que aquí no puede realizarse, pues no hay resultado cuya producción evitar¹⁷. Aunque será preciso más tarde profundizar en estas tesis, dado que presentan matices que no es posible pasar por alto, puede observarse que ambas vinculan el

¹³ Puede verse un completo estudio de todas las tesis con sus distintas variantes en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, München, 2003, § 30 V, nn. mm. 175 ss.

¹⁴ Se refirió a esta problemática ya MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, ob. cit., pp. 103 ss., y, más recientemente, con gran detalle, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo?*, RDPyC, n.º 16, 2005, pp. 139 ss.

¹⁵ La cuestión de la voluntariedad del desistimiento es independiente de la que aquí se trata, pues el sujeto puede tener más posibilidades de actuar y pese a ello no ser voluntario el desistimiento. Al respecto, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, ob. cit., pp. 111-112; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., p. 143.

¹⁶ Paradigmático en la defensa de esta tesis, ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, nn. mm. 154, 187 ss.

¹⁷ A favor de la consideración individualizada, por ejemplo, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 907.

desistimiento —en este caso, no tanto la forma que debe adoptar, sino ya su posibilidad— con la clase de tentativa, manteniendo sin fisuras las correlaciones tentativa inacabada/desistimiento pasivo y tentativa acabada/desistimiento activo.

La estricta vinculación entre la forma de tentativa y la modalidad de desistimiento está justificada en la doctrina alemana, pues los conceptos de tentativa inacabada y acabada, de creación y elaboración doctrinal, se deducen exclusivamente de la regulación del desistimiento¹⁸. En efecto, el Código penal alemán no distingue expresamente entre tentativa inacabada y acabada, a diferencia de lo que sucede en nuestra legislación —aunque sin utilizar esa terminología—, previendo (§ 23 StGB) únicamente una atenuación facultativa de la pena de la tentativa respecto de la correspondiente al delito consumado y sin mencionar el grado de ejecución como factor de medición de la pena de la tentativa. Después, en la regulación del desistimiento (§ 24 StGB), que también da lugar en caso de ser voluntario a la impunidad de la tentativa, se hace referencia al igual que en nuestro Código penal a dos formas de desistir: suspender el resto de la ejecución o evitar la consumación a través de un comportamiento activo. Pues bien, solo a estos efectos la doctrina alemana distingue entre tentativa inacabada y acabada, asumiendo las mencionadas correlaciones con el desistimiento pasivo y activo, respectivamente¹⁹. Así las cosas, es lógico que los ejemplos que venimos mencionando sean considerados por unos de tentativa acabada y por otros de inacabada, según cómo se interprete la regulación del desistimiento o, dicho de otra manera, en función de si quiere aplicar con menor o mayor amplitud dicha regulación. La forma de tentativa viene así definida desde el desistimiento²⁰.

¹⁸ Desde luego, eso no significa que en Alemania se haya pasado por alto la trascendencia dogmática que posee la distinción entre ambas formas de tentativa. Sobre ello puede verse Armin KAUFMANN, *Zur Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en «Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert», Carl Heymanns Verlag, Köln, 1982, pp. 160-162.

¹⁹ Véase, por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Comares, Granada, pp. 580-581.

²⁰ Como dicen MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal, Parte General 2*, traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 73-74, los conceptos de tentativa acabada e inacabada designan los «estadios en los cuales las acciones de desistimiento, de abandono del hecho (...) y de evitación de la consumación (...) son ejecutadas», pero advierten del peligro de que estos conceptos adquieran vida propia, hasta el punto de que los presupuestos del desistimiento se determinen en función de si la tentativa es inacabada o acabada, pues para que el desistimiento produzca efectos de extinción de la responsabilidad penal «sólo se debe atender al cumplimiento o incumplimiento de los presupuestos legalmente designados para el desistimiento», es decir, se debe analizar si se ha suspendido la ejecución o evitado la consumación.

Esto es particularmente evidente en el caso de *Roxin*, quien indica que en estos casos no es la clase de tentativa la que determina la forma del desistimiento, sino a la inversa: una vez que se ha decidido que es posible desistir, dado que en esos ejemplos basta con dejar de actuar para evitar la producción del resultado, la tentativa es inacabada. De ahí extrae como consecuencia una definición de tentativa inacabada, a saber, ésta se dará cuando el autor, justo en el momento en que puede adoptar la decisión de abandonar la ejecución, piensa que la producción del resultado requiere una actuación ulterior por su parte²¹. O, con otras palabras, habrá tentativa inacabada cuando el sujeto, en el momento en que desiste de continuar con el hecho, parte de que el resultado no se va a producir²². En cambio, si el sujeto, en ese momento, no sabe si con lo hecho hasta entonces se va a producir el resultado o no y, por tanto, cuenta con ambas posibilidades, la tentativa estará acabada²³. Ahora bien, dado que no en todos los casos de tentativa cabe desistir —pues en muchas ocasiones los acontecimientos se desenvuelven de tal manera que el camino del desistimiento queda definitiva e indiscutiblemente cerrado—, una vez que se formulan conceptos de tentativa inacabada y acabada éstos se independizan ya de la cuestión del desistimiento, y tienen que servir tanto para los casos en que éste es posible como para los que no lo es. Es decir, desde esa definición, tan inacabada es la tentativa de homicidio de quien dispara hacia un órgano vital, pero el disparo no alcanza a la víctima, teniendo el autor la oportunidad de continuar disparando (y renunciando a ello) como la de quien, habiendo hecho lo mismo, ya no tiene oportunidad de seguir disparando porque la víctima ha escapado, y la tentativa, en consecuencia, ha fracasado definitivamente. La pregunta que debemos plantearnos, teniendo presente nuestra regulación, es si es adecuado asumir *a todos los efectos* conceptos sobre las formas de tentativa que hayan sido definidos desde el desistimiento, y la respuesta, entiendo, tiene que ser negativa.

Por el contrario, en nuestro país, dada la tradicional distinción legal entre la realización parcial y total de los actos ejecutivos, la doctrina española ha venido elaborando criterios para distinguir una de otra independientes de la cuestión del desistimiento. El problema es que las definiciones así obtenidas han de servir pretendidamente de base para delimitar los presupuestos del desistimiento, de lo que se derivan algunas incoherencias, no siempre advertidas, en los casos anteriormente

²¹ ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, nn. mn. 154 y 155.

²² *Ibidem*, n. m. 163.

²³ *Ibidem*, n. m. 166.

mencionados como de referencia. En efecto, la inmensa mayoría de la doctrina en España considera el ejemplo de quien dispara pero no alcanza a la víctima como el caso paradigmático de tentativa acabada²⁴, pero luego esos mismos autores se declaran partidarios de la «consideración global», admitiendo la impunidad por desistimiento si el sujeto no continúa disparando a pesar de tener posibilidades de consumar el delito²⁵. Pero si la acción de disparar un arma de fuego apuntando a otro con dolo de matar es tentativa acabada, se da por supuesto que tiene que serlo tanto si el sujeto ya no puede continuar disparando — porque solo tiene una bala o porque un tercero que pasaba por allí le arrebató el arma— como cuando tiene opciones de continuar la ejecución, dado que la conducta es idéntica. Por tanto, estos autores aceptan las conclusiones de la teoría de la consideración global solo en materia de desistimiento, pero no en lo relativo a la clase de tentativa, admitiendo al menos en este caso un desistimiento pasivo en una tentativa acabada. Podría decirse que este supuesto representa una excepción a la regla general, pero entonces debe admitirse como tal, sin insistir en mantener a rajatabla las indicadas correlaciones entre la forma de tentativa y la modalidad de desistimiento. Además, de ser una excepción, no sería pequeña e irrelevante, pues los casos son más frecuentes en la práctica de lo que pueda parecer.

También la teoría de la consideración individualizada encuentra representantes en nuestra doctrina, de manera que se niega el desistimiento en casos como el planteado, considerando que se trata de supuestos de tentativa acabada²⁶. No se incurre entonces en ninguna incoherencia respecto de los planteamientos iniciales, manteniéndose

²⁴ Así, expresamente, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., p. 135; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 420.

²⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 127, 129 y 135, de acuerdo con SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., pp. 158 y ss; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, ob. cit., pp. 109-111; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, Ob. Cit., P. 424.

²⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *Comentarios*, ob. cit., p. 122. También soluciona los casos partiendo de los postulados de esta tesis, aunque sin mencionarla, GIMBERNAT ORDEIG, *El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio*, ADPCP, 1967, p. 198, al preguntarse si cabe el desistimiento tras los primeros disparos, pues a su modo de ver, «si se disparó y se falló, el camino de la retirada hacia la impunidad ha quedado cerrado para el delincuente; pues el culpable ha practicado todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo han producido por causas independientes de la voluntad del agente, su falta de puntería». Este planteamiento lo ha aplicado el mismo autor recientemente (*El desistimiento en la tentativa acabada. Lectio doctoralis*, ADPCP, 2006, pp. 30 ss.) para negar el desistimiento en otros grupos de casos, como veremos, profundizando así en las consecuencias a las que conduce la tesis de la consideración individualizada (aunque también sin mencionarla).

estrictamente las vinculaciones entre tentativa inacabada y desistimiento pasivo y tentativa acabada y desistimiento activo, pues en la tentativa acabada que no se considere fracasada el desistimiento será necesariamente activo. Pero ello, según mi parecer, a costa de defender soluciones en materia de desistimiento de dudoso ajuste a la legislación vigente, como intentará argumentarse y, dicho sea de paso, poco convincentes de *lege ferenda*.

Pues bien, ante este panorama, entiendo que a la hora de solucionar los casos propuestos ni la teoría de la consideración global ni la de la consideración individualizada pueden asumirse, aplicándolos a la legislación española, en todos sus términos, pues la primera, si bien acierta en la solución del desistimiento, llega a conclusiones equivocadas en la calificación de la tentativa, mientras que la segunda delimita de forma correcta la tentativa inacabada y la acabada, pero resuelve inadecuadamente la cuestión del desistimiento. Por el contrario, va a defenderse aquí una tercera solución: en los casos mencionados la tentativa está acabada, si bien cabe el desistimiento, que en este caso consistirá en un abandono de los actos dirigidos a la lesión del bien jurídico (desistimiento pasivo).

Ello pasa por aclarar, en primer lugar, la delimitación entre tentativa inacabada y acabada, delimitación que servirá, en la práctica, para determinar cuál es el grado de ejecución que se ha alcanzado a los efectos del art. 62 CP. La cuestión del desistimiento debe examinarse después y con independencia de la solución a la que se haya llegado previamente sobre la forma de tentativa, pues la respuesta a la pregunta de si cabe o no el desistimiento no depende de si la tentativa es inacabada o acabada, sino que debe extraerse del fundamento que se otorgue a la institución del desistimiento, esto es, al hecho de que la ley otorgue la impunidad por la tentativa al sujeto que evita voluntariamente la consumación. En realidad, en materia de desistimiento ya no importa tanto si la tentativa es inacabada o acabada²⁷. Importa mucho más dilucidar cuándo cabe desistir tras haber llevado a cabo actos constitutivos de tentativa de delito y cuándo, por el contrario, ya no es posible acudir a la figura del desistimiento por entender que la tentativa ha fracasado²⁸. Una vez que se ha tomado

²⁷ Por eso un sector cada vez más numeroso de la doctrina alemana rechaza por innecesaria la distinción entre tentativa inacabada y acabada. Al respecto, Roxin, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 153; y DAVID, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 165.

²⁸ El concepto de tentativa fracasada, como supuesto de imposibilidad de desistimiento es muy discutido y encuentra su piedra de toque, fundamentalmente, en casos como los descritos en el texto. La mayoría de la doctrina acepta que hay tentativa fra-

una decisión al respecto, en los casos en que se considere que la tentativa aún no ha fracasado, si el sujeto evita voluntariamente la producción del resultado, la tentativa deberá quedar impune. Es evidente que para evitar la producción del resultado, el sujeto tendrá que (1) omitir continuar con la ejecución, si basta con ello, o (2) impedir la producción del resultado, cuando la ejecución haya llegado tan lejos que éste podría acaecer a no ser que se haga algo para evitarlo. Pero una vez que se ha decidido que es posible desistir, no será problemático averiguar la forma que deba adoptar el desistimiento, pues vendrá dada por cómo sea necesario comportarse en el caso concreto para evitar el resultado.

III. La delimitación entre la tentativa inacabada y la tentativa acabada

1. Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia

Los conceptos de tentativa inacabada y acabada, particularmente la distinción entre ambas figuras, son objeto de debate en la doctrina y en la jurisprudencia. Tradicionalmente, y aún hoy, la cuestión que ha centrado la discusión entre la doctrina científica es si es preciso

casada cuando el autor tiene la creencia —se corresponda o no con la realidad— de que su meta se ha tornado inalcanzable, en el marco del hecho concreto. Así la define ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 III, n. m. 77. En esta misma línea, escribe RUDOLPHI (*Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 24, n. m. 8) que solo es posible no continuar la ejecución o impedir la consumación (en definitiva, desistir) cuando según la representación del autor es todavía posible llevar a cabo conductas que causen el resultado típico o bien que se produzca ese resultado como consecuencia de los actos ejecutados hasta ese momento. En consecuencia, para este autor, hay tentativa fracasada cuando el sujeto no ve ninguna posibilidad de distanciarse de su comportamiento antijurídico y volver a la legalidad, bien dejando de actuar, bien evitando el resultado. Es evidente que con estas definiciones de la tentativa fracasada se toma partido por una determinada solución a los problemas planteados en el texto, a saber, la de considerar que los casos descritos no son de tentativa fracasada (véase ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit. § 30 IV, n. m. 112). MUÑOZ CONDE ve el problema y aparta estos supuestos de los de tentativa fracasada en sentido estricto, denominándolos casos de tentativa fracasada impropia. El concepto de tentativa fracasada propia abarcaría «los casos en que el autor, en un determinado momento, cree haber errado su meta y no puede conseguirla aunque siga actuando» (MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, ob. cit., pp. 103, 107 ss.). Sobre los grupos de casos en los que se puede estimar que la tentativa ha fracasado, entre los que se incluyen los mencionados en el texto, véase SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Error sobre el objeto, tentativa y desistimiento*, CPC, n.º 90, 2006, pp. 103 ss.

partir de un criterio objetivo o subjetivo para decidir cuándo ha realizado el sujeto todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado²⁹. Según el parecer doctrinal, con arreglo al punto de vista objetivo hay que entender que la tentativa es acabada cuando el sujeto haya realizado todos los actos realmente necesarios para la producción del resultado, en el sentido de que así lo juzgue un espectador imparcial atendiendo a la estructura del tipo objetivo de que se trate. Si el espectador imparcial concluye, en cambio, que el sujeto solo ha practicado parte de esos actos, la tentativa será inacabada. Por otra parte, si se atiende a un criterio subjetivo, lo relevante son las representaciones del autor, esto es, la tentativa será acabada o inacabada según si el sujeto cree haber realizado todos o parte de los actos necesarios para la producción del resultado, respectivamente. En la actualidad, un sector de la doctrina que puede considerarse mayoritario tiende a recurrir a un criterio denominado objetivo-subjetivo o mixto, que parte de la perspectiva objetiva, es decir, del punto de vista del espectador imparcial, pero considerando el plan del autor³⁰. De acuerdo con este último punto de vista, quien quiere matar a otro haciendo estallar una bomba de relojería a su paso, y cree que ha realizado todos los actos ejecutivos, cuando en realidad ha colocado la bomba pero se le ha olvidado conectar el mecanismo que la hará explotar a la hora precisa, realizará una tentativa inacabada, pues el espectador objetivo habría considerado que aún faltaban actos ejecutivos por realizar, de acuerdo con el plan que ideó el autor para cometer el delito³¹.

²⁹ Para una exposición detallada de la cuestión, véase, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 258 ss.; v. asimismo, MORENO TORRES-HERRERA *Tentativa*, ob. cit., pp. 243 ss.

³⁰ A favor de este criterio mixto, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Lecciones*, ob. cit., p. 384: «se ha de atender a la actividad que objetivamente desplegó el autor y no a lo que él creía suficiente para que se produjera el resultado»; *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/70; MORENO TORRES-HERRERA, *Tentativa*, ob. cit., p. 245; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, MIR PUIG *Derecho Penal*, ob. cit., p. 420; NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003, p. 72. Como exponente de la defensa del criterio objetivo defendido en la distinción entre tentativa y frustración, RODRÍGUEZ MOURULLO *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 88 ss.; con arreglo al Código penal vigente, defiende también un criterio objetivo DOVAL PAIS, *La penalidad*, ob. cit., pp. 105 ss., para quien la tentativa será acabada «cuando los actos ejecutados formen una secuencia suficiente para alcanzar la consumación, mientras que será inacabada «cuando no fueran suficientes para producir el resultado, pero sí fueran necesarios como parte de una cadena suficiente para producir el resultado». Por el contrario, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 9, 16 ss. incide en que para distinguir entre las diversas fases del *iter criminis* en general y entre tentativa inacabada y acabada en particular, es necesario atender al plan del autor y a su representación de la puesta en práctica por su parte de cursos causales adecuados para realizar el tipo.

³¹ Véase el ejemplo en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 420.

Con ser esta polémica de gran interés, lo que convierte en insoslayable un pronunciamiento al respecto, lo cierto es que ninguno de esos criterios son útiles para resolver los casos que aquí nos ocupan, dado que en ellos lo que importa no es tanto solucionar una discordancia entre las representaciones del sujeto sobre su propia actuación y las conclusiones a las que llegaría un espectador objetivo sobre el avance en la ejecución realizada³², sino aclarar qué momento debe tomarse como punto de referencia a la hora de enjuiciar si el sujeto realizó todos o parte de los actos ejecutivos. Es decir, partiendo de que este juicio solo puede formularse *ex post* —situándose el juez en el momento en que el sujeto ya ha actuado—, interesa decidir, concretamente, si hay que atender al momento de la ejecución, lo que implica mirar hacia atrás y preguntarse por lo que el sujeto ha hecho, o si, por el contrario, conviene fijarse más bien en el resultado de su actuación, en relación con la producción del resultado pretendido inicialmente. Que la tentativa sea acabada o inacabada dependerá aquí, en consecuencia, de la adopción de la perspectiva del «horizonte de la ejecución» o del «horizonte del desistimiento»³³. Sobre este asunto debate el Tribunal Supremo en su jurisprudencia reciente, defendiendo las dos perspectivas, con lo que llega a conclusiones distintas en supuestos similares. Ello puede apreciarse en los siguientes ejemplos:

En la Sentencia n.º 600/2005, de 10 de mayo (Pte. José Ramón Soriano Soriano) se relatan como hechos probados que el acusado y la víctima se encontraban dentro de un ascensor cuando el primero lanzó contra la segunda, con intención de matarla, una cuchillada en el abdomen que solo le alcanzó en parte y que pudo parar con las manos, sujetando la víctima el arma, de forma que suspendió los nuevos intentos del acusado de clavarle el cuchillo. En el momento en que el ascensor se abrió, la víctima aprovechó para salir del mismo, pero antes de conseguir huir aún recibió por la espalda dos impactos en el antebrazo y glúteo derechos con la citada arma. Entendió el Tribunal de instancia que los hechos eran constitutivos de tentativa inacabada de asesinato, calificación que confirma el Tribunal Supremo, desestimando en este extremo el recurso de la acusación particular. Considera el Alto Tribunal en esta sentencia que hay tentativa inacabada cuando «el autor no ha dado término a su plan» y tentativa acabada

³² Por eso MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/72, tras exponer su opinión en cuanto a la distinción entre ambas clases de tentativa según se adopte un criterio objetivo o subjetivo, plantea el problema de este grupo de casos, pero lo deja sin respuesta.

³³ En Alemania, «Ausführungshorizont» y «Rücktrittshorizont». Véase, por todos, LILIE/ALBRECHT, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, § 24, nn. mm. 158 y 162.

cuando «ha realizado todo cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación». A partir de aquí, argumenta que en este caso el acusado no ultimó el plan propuesto, pues los intentos de causar la muerte «no se materializaron». En opinión del Tribunal Supremo «el plan concebido por el autor (...) sólo inició su ejecución, sin llegar no ya a producir el resultado buscado, sino ni siquiera a culminar esa ejecución con todos los actos propios de la misma».

En los mismos términos se resuelve el caso enjuiciado en Sentencia n.º 522/2007, de 2 de noviembre (Pte. Luciano Varela Castro): el procesado se dirige junto a la víctima a una lonja desocupada y vacía compuesta de dos plantas, una a ras de calle y otra en el sótano, «tras introducirse ambos en la lonja, el procesado cerró la puerta con llave y condujo a Sergio al sótano bajando por las escaleras tras él, y antes de finalizar el último tramo, aprovechando que Sergio se encontraba de espaldas en un escalón inferior y totalmente ajeno a todo peligro, le golpeó con un martillo, de modo súbito e inesperado y con intención de acabar con su vida, dirigiendo un primer golpe hacia la parte trasera del cráneo, para acto seguido impactarle en la cabeza en al menos otra ocasión e intentarlo de la misma forma en varias ocasiones más, reaccionando la víctima y logrando parar los golpes con sus brazos y sus manos. Finalmente, Sergio logró arrebatar el martillo a su cuñado y salir a la calle pidiendo auxilio, siendo asistido por una ambulancia que le trasladó al hospital». Basándose en la Sentencia referida anteriormente, también aquí considera el Tribunal Supremo que «el plan concebido por el autor sólo inició su ejecución, y que las lesiones ocasionadas a la víctima eran inhábiles para producir la muerte, por lo que la tentativa no fue acabada, sino meramente comenzada».

Finalmente, la Sentencia n.º 2/2009, de 2 de febrero (Pte. Francisco Monterde Ferrer), tras exponer los distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de distinción entre ambas clases de tentativa considera que «en aquellos casos en que la acción se condiciona (...) a la reiteración de actos delictivos, de modo que puede detenerse su curso causal por el desistimiento del agente (...) se construye una propia tentativa, que será en tal caso inacabada. Tal ocurre con el despliegue de una serie de golpes dirigidos a la producción del resultado de muerte de la víctima, cuando ninguno de ellos tiene la característica de letal por sí mismo, un conjunto de puñaladas con tal resultancia, o bien una operación de asfixia, como en este caso donde no se describen en el *factum* maniobras de una intensidad suma para producir la muerte, salvo el comienzo de tal actividad». Con esta argumentación se modifica la calificación de tentativa acabada de homicidio que había apreciado el Tribunal de instancia en un caso en el

que el procesado, tras propinar varios golpes a la víctima, utiliza una goma elástica y aprieta con ella su cuello hasta que la deja inconsciente, abandonando el lugar ante la presencia de un vecino, y recobrando la víctima después la consciencia.

En estas sentencias se fija el Tribunal Supremo, sin duda, en el resultado de la actuación del sujeto para concluir que la tentativa es inacabada, adoptando en el enjuiciamiento la perspectiva denominada del desistimiento, propia de los defensores entre la doctrina alemana de la teoría de la consideración global: dado que tras haber actuado el sujeto se aprecia que el resultado no va a producirse con lo hecho hasta entonces, la tentativa tiene que ser inacabada³⁴.

Por otra parte, es evidente que en estos ejemplos la cuestión del desistimiento queda fuera de la discusión. El sujeto no puede continuar actuando, con lo que no puede plantearse desistir; no puede elegir entre continuar la ejecución o abandonarla ni puede llevar a cabo acciones de evitación del resultado. Son casos claros de tentativa fracasada. Aún así, no puede descartarse que el Tribunal Supremo se fije en consideraciones propias del desistimiento para concluir que hay tentativa inacabada. Es más, en la última sentencia citada lo menciona expresamente³⁵, dando a entender que en estos supuestos la tentativa tiene que ser inacabada, de manera que, en caso de que el desistimiento fuese posible (disparo fallido, pudiendo el sujeto continuar disparando), bastaría con detener el curso causal para desistir. De esta manera se vuelve a caer en el peligro sobre el que ya he advertido anteriormente, a saber, el de definir la forma de tentativa desde el desistimiento.

³⁴ Estas decisiones podrían hacer propias, por tanto, las definiciones de tentativa inacabada y acabada que da ROXIN (*Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, nn. mm. 163 y 166) y que hemos visto *supra*, con una particularidad: este autor acude, como la inmensa mayoría de la doctrina alemana, a un criterio subjetivo de delimitación entre ambas formas de tentativa, propiciado por la definición de la tentativa de su Código penal. De acuerdo con esta consideración, la tentativa será inacabada si *el* sujeto, tras haber realizado los actos ejecutivos por él previstos, *parte* de que con lo hecho hasta ese momento el resultado no se va a producir. En cambio, la tentativa es acabada si *el sujeto*, en ese momento, *no sabe* si el resultado se va a producir o no, y *cuenta* por tanto con ambas posibilidades. Aplicando esta tesis sería acabada la tentativa, aunque se parta de la perspectiva propia de la consideración global, en el caso de nuestra jurisprudencia de intento de estrangulamiento con una goma elástica pues, según se consideró probado, el sujeto creyó haber matado a la víctima. Pero sería inacabada la tentativa, por ejemplo, en el caso de los golpes con martillo o en el recurrente ejemplo de la bala que no da en el blanco.

³⁵ Recordemos: «en aquellos casos en que la acción se condiciona (...) a la reiteración de actos delictivos, de modo que puede detenerse su curso causal por el desistimiento del agente (...) se construye una propia tentativa, que será en tal caso inacabada».

Pero el Tribunal Supremo ha defendido también la opinión contraria. *Bacigalupo Zapater* formuló un voto particular a la citada Sentencia n.º 522/2007 (caso de los golpes con un martillo), en el que argumenta, en contra de la mayoría, que la tentativa tiene que ser acabada, siguiendo la teoría de la consideración individualizada. Según el citado magistrado, de acuerdo con esta teoría la tentativa será acabada «cuando cualquiera de los hechos que llevó a cabo el autor en la realización de su plan comporta por sí mismo la realización íntegra de una acción que racionalmente considerada hubiera debido producir el resultado o la realización del tipo según el plan del autor». Pues bien, desde esta óptica los actos planeados para matar y ejecutados por el autor (matar a golpes de martillo en la cabeza) eran suficientes para producir la muerte, aunque no la llegan a producir porque se ejecutan de forma defectuosa. Por tanto, en el caso enjuiciado el acusado practica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pues «cada uno de esos golpes de martillo hubiera podido objetivamente producir el resultado y si éste no se produce no fue por la voluntad del acusado, sino por su error o torpeza en la ejecución del plan».

Consideraciones similares encontramos en la Sentencia n.º 657/2007, de 21 de junio (Pte. Juan Saavedra Ruiz), donde se relatan como hechos probados los siguientes: el procesado entra en la vivienda en la que convivía con su pareja y, tras desconectar la corriente eléctrica y coger del cuarto de baño un albornoz y de la cocina un bote que contenía alcohol, accede al dormitorio en que estaba acostada su pareja, se sienta sobre su abdomen con una pierna a cada lado y le pone sobre la cara el albornoz empapado en alcohol, presionando con ánimo de acabar con su vida, impidiendo que pudiera respirar. Ella consigue quitar la prenda de su cara y el procesado, en la misma posición, le mete una mano en la boca y con la otra le tapa los orificios de la nariz para que no pudiera respirar. La víctima consigue zafarse mediante un empujón y coge del suelo una bota con la que golpea al procesado en la cabeza, tras lo cual él mismo la sentó en la cama, momento en que a ella le entró un golpe de tos que la hizo vomitar. A continuación empezó a llorar y le preguntó: ¿Raúl, qué estas haciendo? El aún le agarra por la garganta con un mano, aunque sin ejercer suficiente presión para impedirle respirar y, estando así, le dice «ahora siento lo que sienten los hombres cuando matan a sus mujeres» y «no sé si matarte o no matarte». A partir de ahí ella le habló para tranquilizarle y consiguió que el procesado abandonase la habitación, enchufase la corriente eléctrica y se sentase a ver la televisión. Pues bien, se defiende en esta sentencia que hay tentativa acabada cuando «el resultado pueda producirse

sin mayores actuaciones por parte del autor» e inacabada «cuando éste no haya ejecutado todos los actos que según su plan debería realizar para producir el resultado y objetivamente desaparece el peligro de que se produzca». Dado que en este caso el plan trazado por el autor «se desarrolla puntualmente» y el resultado «no tiene lugar únicamente por la reacción de la víctima, de forma que no se trata de la insuficiencia de los medios empleados sino de la resistencia de aquélla», entiende el Tribunal que estamos ante una tentativa acabada. Teniendo en cuenta que en este caso emerge la cuestión del desistimiento, en la sentencia se da cuenta de la existencia de dos teorías al respecto: la —denominada en el pronunciamiento— de la consideración total (consistente en «considerar el suceso como una unidad vital») y la de la consideración individualizada (que individualiza «los segmentos vitales que integran el mismo con cierta autonomía»), optando el Tribunal por la segunda, con el argumento de que en caso contrario se llegaría a «soluciones donde el desistimiento alcanzaría un grado tal de amplitud que no es asumible desde el punto de vista del reproche de la conducta del sujeto».

2. Toma de postura

Para decidir si hay que atender a un criterio objetivo, subjetivo o mixto, así como si debe adoptarse la perspectiva de la ejecución o del desistimiento a la hora de distinguir entre tentativa inacabada o acabada es preciso aclarar antes cuál es la esencia de la diferencia entre ambas en sede de injusto y acotar los elementos del tipo de una y otra. A continuación se expondrán brevemente los pilares básicos de la propia concepción.

En primer lugar, conviene recordar que, de acuerdo con la concepción que aquí se sostiene, lo injusto de la tentativa queda constituido ya con la presencia de desvalor de la acción, siendo el desvalor de resultado o, más concretamente, la producción de un resultado de peligro, algo por completo ajeno a la estructura de la tentativa³⁶. El adverbio «objetivamente» recogido en el art. 16.1 no se refiere a que

³⁶ Fundamentalmente, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, ob. cit., p. 154; el mismo, *Curso III*, ob. cit., p. 204; GRACIA MARTÍN, *Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)*, RDPyC, n.º 3, 1999, pp. 342 ss. Dado que lo injusto del delito consumado solo queda plenamente constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (CEREZO MIR, *Curso II*, pp. 154 ss.), hay que admitir que la tentativa constituye un injusto parcial.

deba concurrir un resultado de peligro para que haya tentativa, sino que está haciendo referencia a una cualidad de los actos ejecutivos, en el sentido de que éstos han de ser objetivamente idóneos para producir el resultado. Por otra parte, de la mención al «peligro inherente al intento» en el art. 62 tampoco se deduce que solo sea punible la tentativa que cree un peligro para el bien jurídico, sino únicamente que, en caso de que ese peligro se produzca, es decir, cuando en el caso concreto la tentativa desemboque en un resultado de peligro, éste deberá valorarse en la determinación de la pena³⁷.

Por tanto, entiendo que si se distingue entre dos clases de tentativa en función de su gravedad la diferencia solo puede encontrarse en el desvalor de la acción³⁸: es mayor el desvalor de la acción en la tentativa acabada que en la tentativa inacabada, lo que ha de encontrar reflejo en la consecuencia jurídica aplicable a la tentativa a la luz del criterio «grado de ejecución alcanzado»³⁹.

Ahora bien, dado que el desvalor de la acción consta de varios elementos, es preciso concretar cuál de ellos se ve modulado en función del grado de ejecución. Partiendo de que en el desvalor de la acción se distingue entre un elemento objetivo y un elemento subjetivo, hay quien defiende que la diferencia entre ambas clases de tentativa se encuentra en el elemento objetivo, mientras que otros autores ven la diferencia en el elemento subjetivo. Por lo que respecta al elemento objetivo, existe la tendencia a identificarlo con la peligrosidad *ex ante* de la acción. *Moreno-Torres Herrera* así lo hace⁴⁰, y entiende, además, que en ese elemento radica la diferente gravedad de la tentativa inacabada respecto de la acabada⁴¹. Estas consideraciones las lleva a

³⁷ Véase MUÑOZ LORENTE, *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 117 ss., 128 ss.

³⁸ Si lo injusto de la tentativa queda fundamentado con el desvalor de la acción, creo que la diferencia entre la tentativa inacabada y la acabada no puede encontrarse en que en la primera concurre solo el desvalor de la acción y en la segunda, además, un desvalor de resultado representado por el peligro del bien jurídico. Si puede haber tentativa sin que haya resultado de peligro, ello vale para *toda* la tentativa, también para la acabada. Otra cosa es que, de producirse un resultado de peligro, éste solo pueda provenir de una tentativa acabada (sobre ello, GIL Y GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, pp. 109 ss., nota 274).

³⁹ En este sentido, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., p. 104; MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa*, ob. cit., pp. 167 ss., 392; SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea»*, ob. cit., p. 91, nota 225.

⁴⁰ *Tentativa*, ob. cit., pp. 98 ss. También, antes, SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea»*, ob. cit., pp. 74 ss.

⁴¹ MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa*, ob. cit., pp. 169-171. También ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, ob. cit., pp. 484 ss. vincula el grado de ejecución con la peligrosidad *ex ante* de la acción y entiende, por ello, que «sólo cuando al término de

cabo la citada autora partiendo de que la fundamentación del desvalor de la acción requiere de algo más que de conductas dirigidas por la voluntad a la realización de un tipo penal y aptas para realizarlo de acuerdo con las leyes causales conocidas. A ello habría que añadir la denominada peligrosidad *ex ante* de la acción, equivalente a la no absoluta improbabilidad de producción del resultado, constatada a través de un juicio que debe formular un espectador objetivo situado en la posición del autor en el momento de dar comienzo a la acción, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente (el observador objetivo), más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico)⁴². De esta exigencia se deriva la consecuencia, como ha puesto de manifiesto *Cerezo Mir*, de que hay acciones idóneas para producir un resultado desde el punto de vista causal y dirigidas por la voluntad a producirlo que serían, no obstante, impunes si el espectador objetivo llegase a la conclusión de que el resultado aparecía *ex ante* como una consecuencia absolutamente improbable, como sucede en el famoso caso Thyren u otros similares⁴³. Ya es conocido que este planteamiento, con distintas variantes, es mayoritario; no obstante, no es compartido aquí. El desvalor de la acción requiere para su fundamentación la realización de actos objetivamente idóneos para producir el resultado, lo que viene exigido por el art. 16.1 CP, pero la idoneidad objetiva de los actos para producir el resultado no tiene que identificarse necesariamente con la peligrosidad *ex ante* de la acción concebida como hemos visto⁴⁴, sino que aquélla puede entenderse referida a la causalidad: el sujeto ha de haber puesto en marcha un curso causal idóneo para la producción del resultado o, lo que es lo mismo, la representación del autor sobre la causalidad debe ser correcta, esto es, debe adecuarse «al conocimiento nomológico generalmente aceptado y

la ejecución la conducta sea peligrosa *ex ante* podrá entenderse la acción como tentativa acabada a los efectos de la graduación de penalidad», lo que le lleva a considerar, erróneamente a mi juicio, que hay una tentativa inacabada en el ejemplo de quien quiere matar a otro envenenándole y le suministra varias dosis de matarratas, pero, a partir de un determinado momento lo que le suministra (sin saberlo el autor) es una sustancia inocua que le ha vendido el farmacéutico, culminando de ese modo el número de dosis por él previstas.

⁴² Véase este concepto de peligrosidad *ex ante* de la acción en CEREZO MIR, *Curso II*, ob. cit., pp. 113-114. Lo comparte, por lo que ahora nos interesa, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa*, ob. cit., pp. 144 ss.

⁴³ CEREZO MIR, *Curso II*, ob. cit., pp. 104-105.

⁴⁴ Entiende lo contrario, como es sabido, CEREZO MIR, *Curso II*, ob. cit., p. 105, al creer que la incorporación de la peligrosidad como elemento que fundamenta lo injusto viene impuesta por la regulación de la tentativa en el art. 16.1, aunque le parece «una decisión político-criminal equivocada».

que fija el baremo de la racionalidad en el obrar»^{45,46}. Por supuesto, a una conducta de estas características, guiada por el correspondiente elemento subjetivo, le es inherente la peligrosidad, es decir, es una acción peligrosa en sí misma, y punible como tal, sin que sea necesario (ni conveniente) añadir ningún juicio de peligrosidad adicional para fundamentar lo injusto⁴⁷. Dado que para que haya tentativa han de realizarse actos ejecutivos (comprendidos en un tipo objetivo) aptos para producir el resultado en el sentido indicado, los casos de tentativa irreal, no solo son impunes⁴⁸, sino que incluso quedan fuera del concepto de tentativa⁴⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en algunos casos la representación que se hace el autor de la peligrosidad de su conducta puede no coincidir con el resultado del juicio que formularía el espectador objetivo⁵⁰, la peligrosidad *ex ante* de la acción puede servir para graduar lo injusto de la tentativa, pues, como indica *Gracia Martín*, es preciso distinguir entre los elementos esenciales del desvalor de la acción, sin los que éste no puede fundamentarse, y aquéllos que afectan

⁴⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., p. 26. Se habían manifestado ya en el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Comentarios*, ob. cit., p. 116; GRACIA MARTÍN, *El «iter criminis»*, ob. cit., pp. 278-280; el mismo, *Sobre la punibilidad*, ob. cit., pp. 356-358; y RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 208 ss.

⁴⁶ Como es sabido, en función del grado de posibilidad de producción del resultado que se exija para considerar peligrosa la acción, las diferencias prácticas entre la tesis que aquí se sostiene y las que requieren peligrosidad de la acción (como se entiende el término usualmente) para fundamentar lo injusto son apenas perceptibles. Así, CEREZO MIR, quien, al entender la peligrosidad como hemos visto *supra* (nota 42), considera que debe quedar impune el caso Thyren (*Curso II*, pp. 104-105), mientras que SOLA RECHE, quien se conforma con una mera posibilidad de producción del resultado, entiende que el caso es punible como tentativa si no se produce el resultado y como delito doloso consumado si se produce (*La llamada «tentativa inidónea»*, ob. cit., pp. 199 ss.). MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa*, ob. cit., pp. 166-167 asume, como CEREZO, la fórmula de ENGISCH (no absoluta improbabilidad de producción del resultado), pero en el fondo acaba también conformándose con una mera posibilidad, lo que le lleva a considerar punibles casos similares al Thyren (pp. 165-166, 366). Huelga decir que, desde la opinión que aquí se sostiene, el caso Thyren es punible.

⁴⁷ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 47-48.

⁴⁸ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 132.

⁴⁹ Al respecto, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa*, ob. cit., pp. 260 ss. Por otra parte, no le falta razón a CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., p. 30 cuando señala que desde este punto de vista carece de sentido distinguir entre tentativa idónea e inidónea. Cuando el sujeto realice actos ejecutivos que obedecen a un plan racional desde el punto de vista causal (objetivamente aptos para producir el resultado) y se dé el elemento subjetivo correspondiente la tentativa será siempre idónea y punible.

⁵⁰ Esto puede suceder en el caso Thyren si el autor cree, erróneamente, que tiene más posibilidades de acertar a esa distancia de las que realmente existen.

solo a su graduación o medida⁵¹. Sigue en pie entonces la pregunta de si la peligrosidad de la acción puede verse afectada por el grado de ejecución. Si así fuese, en los casos de tentativa acabada la conducta alcanzaría el grado máximo de peligrosidad o, a la inversa, solo serían casos de tentativa acabada aquellos en los que la acción fuese *ex ante* muy peligrosa. Entiendo, por el contrario, que mezclar el menor o mayor avance en la ejecución con la menor o mayor peligrosidad de la acción *ex ante* supone una confusión de planos. Es cierto que tanto un elemento como el otro afectan a la medida del desvalor de la acción, pero son independientes entre sí, como revela el art. 62 CP: el grado de peligrosidad de la acción afecta al «peligro inherente al intento»⁵², pero no al grado de ejecución alcanzado. El mayor avance en la ejecución no se corresponde necesariamente con una mayor peligrosidad de la acción. Así, en el caso Thyren, para un espectador objetivo, la acción no es peligrosa o lo es muy poco⁵³, pero no cabe duda de que el autor ha llevado hasta el final el proceso ejecutivo o, lo que es lo mismo, si la bala no alcanzó finalmente el objetivo, se tratará de una tentativa acabada.

Otros autores entienden, en cambio, que la diferencia entre tentativa inacabada y acabada se encuentra en el tipo subjetivo de ambas o, si se prefiere, en el elemento subjetivo del desvalor de la acción. Para *Mir Puig*, lo que permite fundamentar una menor punición de la tentativa inacabada respecto de la acabada es el diferente dolo que concurre en ambas. En la tentativa inacabada el autor ha realizado una parte de la ejecución con ánimo de consumación, pero ello no prueba que hubiera mantenido su voluntad hasta el final de la ejecución. En cambio, el tipo subjetivo de la tentativa acabada (el dolo) es el mismo que el del delito consumado: la voluntad de ejecutar todos los actos necesarios para la consumación equivale a la voluntad de consumación⁵⁴. También *Cuello Contreras* entiende «que el tipo subjetivo de la tentativa inacabada es uno específico, distinto al del delito consumado y al de la tentativa acabada». En su opinión, al requerir el dolo «la representación de la

⁵¹ GRACIA MARTÍN, *Sobre la punibilidad*, ob. cit., p. 348, con lo que admite que la peligrosidad de la acción deducible de la situación real cognoscible por un hombre medio constituya un criterio a tener en cuenta en el tratamiento punitivo de la tentativa (p. 358).

⁵² También a través de este criterio se tiene en cuenta en la medición de la pena correspondiente a la tentativa el hecho de que se haya producido en el caso concreto un resultado de peligro. Consideran que el criterio del «peligro inherente al intento» se refiere solo a la cuestión de si se causa o no un peligro concreto, es decir, al desvalor del resultado, MORENO TORRES-HERRERA, en *Derecho penal*, ob. cit., p. 708; y CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., p. 104.

⁵³ Véase *supra*, nota 46.

⁵⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/77-78.

concreta causalidad que desemboca en el resultado», «sólo tras el último acto, después del cual la causalidad va a ser dejada a su curso para que desemboque en el resultado, podrá decirse que el dolo o elemento subjetivo está completo (dolo de la tentativa acabada)»⁵⁵. Acepta, por tanto, *Cuello*⁵⁶ la tesis defendida por *Struensee* al afirmar que en la tentativa inacabada aun no se ha completado del todo el tipo subjetivo, pues en ella, a diferencia de lo que sucede en la tentativa acabada y en el delito consumado, no hay representación de la realización completa de los actos decididos, sino que el sujeto se representa el acto o actos singulares realizados, siendo a la vez consciente de que faltan parte de los actos de ejecución decididos⁵⁷.

En contra de lo expuesto, creo que no existe una diferencia cualitativa entre el tipo subjetivo de la tentativa inacabada y el de la tentativa acabada. Y, por cierto, tampoco lo hay entre el tipo subjetivo de la tentativa y el del delito consumado. Como afirma *Cerezo*, el tipo subjetivo de la tentativa no es independiente del tipo subjetivo del delito consumado⁵⁸. Por ello, cuando el sujeto realiza el primer acto ejecutivo tiene que actuar ya representándose la consumación y queriéndola, es decir, el dolo tiene que abarcar todos los elementos del tipo del delito consumado. Evidentemente, en el momento en que todavía faltan elementos del tipo por realizar, el sujeto no puede tener «conciencia» en sentido estricto de esos elementos, por lo que el dolo incorpora aspectos de previsión (hacia el futuro). En palabras de *Cerezo*, el elemento intelectual del dolo comprende «la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos del tipo objetivo»⁵⁹. En la relación entre la tentativa inacabada y la acabada sucede lo mismo: cuando el sujeto comienza la ejecución no solo ha de tener conciencia y voluntad de realizar ese acto, sino que también se tiene que representar y tener voluntad de realizar el resto de los actos ejecutivos. No es que esto no lo tengan en cuenta los autores citados. Por ejemplo, *Mir* distingue claramente en la tentativa inacabada entre el elemento subjetivo que alcanza a la parte de ejecución conseguida y el elemento subjetivo de lo injusto adicional que consiste en la intención de completar la ejecución⁶⁰. Pero como el dolo lo refieren solo a la ejecución realizada y

⁵⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 79-80.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 10

⁵⁷ STRUENSEE, *Tentativa y dolo*, CPC n.º 38, 1989, pp. 410 ss.

⁵⁸ CEREZO MIR, *Curso III*, ob. cit., p. 186.

⁵⁹ CEREZO MIR, *Curso II*, ob. cit., p. 131. (Cursiva añadida).

⁶⁰ Aun así, MIR PUIG se contradice, pues al afirmar previamente que el hecho de que el autor tenga voluntad de realizar una parte de la ejecución no prueba que esté

no a la que queda por realizar, entienden que no es el mismo dolo el de la tentativa inacabada que el de la acabada. No hay inconveniente en llamar dolo al elemento subjetivo que abarca lo hecho y elemento subjetivo de lo injusto al elemento subjetivo referido a lo que queda por hacer, ahora bien, el conjunto del tipo subjetivo es plenamente coincidente⁶¹. De ello se deriva que en la tentativa no hay congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, pues es más corto el primero que el segundo y en la tentativa inacabada es más corto el tipo objetivo que en la tentativa acabada.

En definitiva, a mi modo de ver, la diferencia entre la tentativa acabada y la inacabada se encuentra en el tipo objetivo de ambas. Lo que caracteriza a la tentativa es que la resolución delictiva se ha manifestado mediante actos exteriores inscritos en el tipo penal cuya consumación se pretende⁶². Estos actos constituyen el tipo objetivo de la tentativa⁶³. En la tentativa acabada, el sujeto ha realizado todos los actos ejecutivos necesarios según su plan para que el delito se consuma, manifestándose entonces plenamente su resolución delictiva. En la tentativa inacabada, dado que el sujeto realiza solo parte de esos actos, la resolución delictiva solo se manifiesta externamente de un modo parcial. En ese sentido, el grado de ejecución de la acción sirve para modular el desvalor de la acción⁶⁴. En cuanto al tipo subjetivo, en la tentativa inacabada el sujeto tiene que tener conciencia de la realización de parte de los actos ejecutivos, previsión de la realización del resto de los actos ejecutivos y previsión de la producción del resultado; en la tentativa acabada, conciencia de la realización de todos los actos ejecutivos y previsión de la producción del resultado. Lógicamente, la parte de «conciencia» del elemento subjetivo comprende en la tentativa acabada más actos que en la inacabada, lo que fundamenta que se hable de una diferencia meramente cuantitativa en el tipo subjetivo de ambas formas de tentativa⁶⁵.

dispuesto a realizar el resto (*Derecho penal*, ob. cit., L 13/77), da a entender que puede faltar al comienzo de la ejecución la voluntad de llegar hasta el final (la intención de completar la ejecución). Pero, si es así, ya no podemos decir que estamos ante una tentativa de delito. Señala esta contradicción GIL Y GIL, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 243, nota 150.

⁶¹ En este sentido, GIL Y GIL, *Derecho penal internacional*, ob. cit., pp. 241 ss.; MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa*, ob. cit., pp. 171, 212 ss.

⁶² Véase GRACIA MARTÍN, *Sobre la punibilidad*, ob. cit., pp. 354-355.

⁶³ Véase CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 85-86, señalando, con razón, la distinta función que desempeña el tipo objetivo en la tentativa y en el delito consumado.

⁶⁴ CEREZO MIR, *Curso II*, ob. cit., p. 154.

⁶⁵ FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, ob. cit., p. 69.

Pues bien, con base en estas consideraciones, la discusión sobre si hay que atender a un criterio objetivo, subjetivo o mixto a la hora de distinguir la tentativa inacabada de la acabada adquiere una dimensión distinta. El criterio tiene que ser mixto, pero en el sentido de que para que concurra tentativa acabada, tiene que haberse completado su tipo objetivo y su tipo subjetivo, es decir, el sujeto ha de haber manifestado plenamente mediante actos exteriores su resolución delictiva y ser consciente de que lo ha hecho. Para valorar si el sujeto ha realizado todos o parte de los actos ejecutivos o, lo que es lo mismo, para saber si concurre el tipo objetivo de la tentativa acabada o el de la inacabada es necesario atender al plan del autor⁶⁶, es decir, a lo que el sujeto quería y a cómo quería llevarlo a cabo. Esta necesidad, sobre la que no debería haber a mi juicio ninguna duda, está ampliamente reconocida en la doctrina científica⁶⁷ y se encuentra igualmente consolidada en la jurisprudencia⁶⁸. Como dice *Struensee*, el mismo número de idénticas acciones puede constituir tentativa acabada o inacabada según cuál sea el plan del autor: si una mujer quiere matar a su marido suministrándole sucesivamente platos de comida envenenada, que la tentativa esté acabada o inacabada dependerá del número mínimo de platos que considere necesaria la autora para que se produzca la muerte⁶⁹. Ahora bien, el hecho de que se considere necesario atender al plan del autor no implica necesariamente la adopción de un criterio subjetivo, en el sentido en el que ha utilizado el término la doctrina, pues una cosa es que para determinar si la tentativa es acabada o inacabada haya que recurrir a dicho plan y otra distinta que se deba atender a lo que el sujeto crea⁷⁰. Explicado todo ello con

⁶⁶ Plan que, como hemos visto *supra*, ha de estar fundado en criterios racionales, pues en caso contrario, si está desconectado de la realidad empírica y por tanto de las circunstancias presupuestas en el tipo objetivo, estaríamos ante un supuesto que no es constitutivo de tentativa de delito, que queda fuera del concepto de tentativa, pues faltan todos sus elementos, aunque se denomine a estos casos «tentativa irreal».

⁶⁷ Con especial énfasis, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 16-17. Véanse también BACIGALUPO ZAPATER, *Comentarios*, ob. cit., p. 122; GRACIA MARTÍN, *El «iter criminis»*, ob. cit., p. 270; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., L 13/70, 71; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 418. Crítico, DOVAL PAÍS, *La penalidad*, ob. cit., pp. 99 ss.

⁶⁸ Véanse, por ejemplo, SsTS 600/2005, de 10 de mayo (hay tentativa inacabada cuando «el autor no ha dado término a su plan» y acabada cuando «ha realizado todo cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación»); 359/2006, de 21 de marzo («la diferencia entre la tentativa acabada e inacabada se determina de acuerdo con el plan del autor»); 657/2007, de 21 de junio; 82/2009, de 2 de febrero.

⁶⁹ STRUENSEE, *Tentativa y dolo*, ob. cit., p. 415, lo que no significa que la diferencia entre ambas esté en el tipo subjetivo, como él piensa, sino que el tipo objetivo solo puede interpretarse a la luz del plan del autor. Ello implica que el plan del autor no constituye el tipo subjetivo de la tentativa.

⁷⁰ Sobre ello, DOVAL PAÍS, *La penalidad*, ob. cit., p. 100.

el ejemplo de *Muñoz Conde*, si al que ha planeado matar a otro haciendo estallar un artefacto explosivo a una hora determinada se le olvida hacer la última conexión en el mecanismo de la bomba habrá una tentativa inacabada de asesinato, porque, efectivamente, por mucho que el sujeto crea haber practicado todos los actos ejecutivos que planeó realizar, no puede haber tentativa acabada si no los ejecutó en realidad. El último acto estuvo presente en la esfera interna, pero no fue exteriorizado. La tentativa será inacabada, por tanto, pero no porque así lo considere un espectador objetivo (!que no puede aportar nada si no atiende al plan del autor!), sino porque el sujeto no ha realizado todos los actos necesarios para la consumación según su plan y no se ha completado, en consecuencia, el tipo objetivo de la tentativa acabada.

Por otra parte, en lo referente a la perspectiva que hay que adoptar a la hora de calificar la forma de tentativa, de lo expuesto se deduce que solo es posible decantarse por la que atiende al momento de la realización de los actos ejecutivos, pues cuando el sujeto lleva a cabo una acción apta para producir el resultado, en ejecución de su plan delictivo, se realiza ya plenamente el tipo de la tentativa acabada. La consideración de todos los ejemplos citados, extraídos de la jurisprudencia, como de tentativa acabada se corresponde del todo con las afirmaciones realizadas por la doctrina absolutamente mayoritaria en nuestro país, en el sentido de que la tentativa está acabada cuando el sujeto abandona el curso causal, de forma que la producción del resultado depende ya del azar⁷¹. Efectivamente, entonces ha tenido lugar una manifestación externa plena de la resolución delictiva. Según este planteamiento, por tanto, el abandono del control del curso causal o, lo que es lo mismo, la pérdida de su dominio, es el momento que marca el límite entre la tentativa inacabada y la acabada. Mientras el sujeto mantenga el proceso ejecutivo en su esfera de dominio la tentativa seguirá siendo inacabada⁷². Por eso es acabada la tentativa de quien dispara un arma de fuego con ánimo de matar —pero la bala no llega a impactar en el cuerpo de la víctima o impacta causando una herida superficial—; en cambio, será inacabada si el sujeto no llega a disparar. Eso significa que para determinar la clase de tentativa la doctrina suele fijarse, con razón, en lo que su-

⁷¹ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...?*, ob. cit., pp. 7-9; BACIGALUPO ZAPATER, *Comentarios*, ob. cit., p. 122; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 19-20; GRACIA MARTÍN, *El «iter criminis»*, ob. cit., p. 270; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 418.

⁷² Eso no significa que haya tentativa inacabada en los casos en que desde la ac-

cede durante la ejecución de la acción, pues desde el momento en que el sujeto dispara abandona el control del curso causal y, *en ese momento*, la producción del resultado ya solo depende del azar⁷³. Por tanto, lanzar un martillo contra la cabeza de la víctima que se encuentra delante y de espaldas, con dolo de matar, también tiene que ser un caso de tentativa acabada⁷⁴, como indicó *Bacigalupo* en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 522/2007 y lo será tanto si el sujeto, tras su acción, ya no dispone de más posibilidades de perseguir la consumación (como en el caso de la Sentencia), como si las tiene y, voluntariamente, no hace uso de ellas⁷⁵.

tuación del sujeto hasta que se produce el resultado transcurre un lapso de tiempo durante el cual el sujeto activo aún puede intervenir. Por ejemplo, si se programa una bomba que habrá de estallar a una hora determinada.

⁷³ Dudosa es la posición de BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones*, ob. cit., p. 384, quienes tras afirmar que «la clasificación de la tentativa en acabada o inacabada es algo totalmente ajeno al resultado, que atañe únicamente a la idoneidad del comportamiento del autor para producir el resultado», consideran que hay tentativa inacabada «si el autor dispara y la bala sólo roza a la víctima», pues el sujeto no ha realizado todos los actos que objetivamente podrían producir el resultado.

⁷⁴ Eso no implica que en caso de que al primer intento sigan otros intentos fallidos haya que sancionar por varias tentativas acabadas en concurso real o, si el último intento logra la consumación, por delito consumado en concurso con tantas tentativas como fracasos anteriores hubiera, pues en esos casos debe entenderse que hay unidad típica de acción, y por tanto queda excluido el concurso (sobre el concepto y supuestos en que concurre una unidad típica de acción, véase ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 375 ss., en concreto, sobre los casos de realización progresiva o sucesiva del tipo penal, pp. 392-393). Se critica de manera recurrente a la teoría de la consideración individualizada que das las soluciones a las que llega en materia de desistimiento — que yo no comparto — al fraccionar el suceso global en varios actos independientes, debería consecuentemente abogar en esos supuestos por la aplicación de un concurso de delitos (véanse, DREHER, *Anmerkung*, JR 1969, p. 106; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, ob. cit., p. 109; ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 207; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., pp. 150-1519). A ello contesta BERGMANN, *Einzelakts-...?*, ob. cit., p. 341 que la doctrina del desistimiento puede elaborar el concepto de «hecho» según sus propios fines y que no está vinculado al concepto que sirve para la teoría del concurso, que persigue fines distintos.

⁷⁵ En cambio, para MORENO TORRES-HERRERA, en *Derecho penal*, ob. cit., p. 720, hay desistimiento de una tentativa inacabada en el siguiente ejemplo, que transcribo literalmente: «A ha decidido matar a B. Una vez que le tiene delante, le asesta una puñalada que sólo le alcanza levemente en un brazo. Cuando B yace asustado e inmóvil y A le va a asestar otra puñalada en el corazón, A se arrepiente y desiste». Pero hay que insistir en que el hecho de que quiera admitirse la impunidad de la tentativa por desistimiento en estos casos y que éste tenga que ser pasivo, no modifica la forma de tentativa (de acabada en inacabada) a no ser que se pretenda delimitar de manera diversa la tentativa inacabada de la acabada, según estemos en sede de injusto o en sede de desistimiento, lo que resulta perturbador, además de no tener ninguna utilidad.

La distinta perspectiva adoptada por nuestro Tribunal Supremo en algunas sentencias se explica si se tiene en cuenta, sobre todo, la tendencia de este órgano judicial a exigir un peligro de lesión del bien jurídico para apreciar delito frustrado o, actualmente, tentativa acabada. El peligro de lesión del bien jurídico, o peligro de consumación, es algo más que un resultado de peligro, tal y como entiende el término la doctrina⁷⁶. Desde ese punto de vista, no habría tentativa acabada todavía cuando la bala pasa rozando a la víctima, a pesar de que ya hay un resultado de peligro, sino que, como recuerda *Bacigalupo* en el citado voto particular, la tentativa se estima acabada solo cuando el disparo ha alcanzado a la víctima o cuando la puñalada es mortal, pues solo en ese momento es posible afirmar que el resultado puede producirse a consecuencia de lo actuado hasta entonces. Pero como dice *Cuello* citando a *Mezger*, que la tentativa sea inacabada o acabada depende de lo que el sujeto ha hecho y no del resultado de su actuación⁷⁷. Esto es, además, lo coherente con el concepto de tentativa que aquí se defiende y con la delimitación propuesta entre tentativa acabada e inacabada.

IV. La posibilidad de desistimiento y sus modalidades

1. La consideración individualizada. Crítica.

Si modificamos el «caso del martillo» e imaginamos que el sujeto activo, tras asestar con dolo de matar dos golpes en la cabeza que únicamente producen pequeñas contusiones porque la víctima logra esquivar los ataques, cambia de opinión y decide voluntariamente suspender la ejecución del hecho, los defensores de la teoría de la consideración individualizada⁷⁸ concluirían que, teniendo en cuenta que el sujeto ha ejecutado un acto considerado por él idóneo *ex ante* para lograr la consumación del delito, la tentativa está acabada⁷⁹ —conclusión que comparto— y, además, ya no hay po-

⁷⁶ Véase, sobre el modo de averiguar si concurre un resultado de peligro, CEREZO MIR, *Curso II*, ob. cit., pp. 114-115.

⁷⁷ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., p. 105, nota 211.

⁷⁸ Se le ha llamado también teoría de los actos parciales, del acto singular o de la consideración aislada. Véanse GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, ob. cit., p. 137; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., p. 148. En Alemania se suele utilizar el término «Einzelaktstheorie» (por todos, BERGMANN, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?*, ZStW 1988, pp. 332, 339, etc.).

⁷⁹ Ello con independencia del número de actos idóneos para producir el resultado que inicialmente hubiese planeado realizar. Así se distingue sustancialmente esta tesis de la denominada «teoría del plan de hecho», que defendió el Tribunal Supremo alemán hasta principios de los años 80 y que hoy no encuentra ya plasmación ni en la

sibilidad de lograr la impunidad de la tentativa por desistimiento, pues el abandono de ulteriores acciones se interpreta como renuncia a una nueva tentativa, que de todos modos el sujeto tenía el deber de omitir⁸⁰.

Es frecuente matizar la teoría en el sentido de considerar fracasadas (sin posibilidad de desistimiento) aquellas conductas cuyas consecuencias el sujeto ya no puede dominar, no en cambio aquellas en las que aún dispone de una posibilidad de intervención, aunque no se la haya reservado conscientemente con anterioridad. Así, si el autor ha vertido ya el veneno en la bebida de la víctima, pero puede avisarle antes de que comience a beberla, ciertamente habría una tentativa acabada, si bien sería posible el desistimiento a través de la

doctrina ni en la jurisprudencia. De acuerdo con esta idea, habría que distinguir a efectos de apreciar el desistimiento si el autor planeaba ejecutar el hecho mediante una sola acción o un único medio o mediante varias acciones o varios medios. En el primer caso, la ejecución de la única acción planeada constituiría una tentativa acabada de la que ya no sería posible desistir. En el segundo caso, si el autor no realiza todas las acciones planeadas, se trataría de una tentativa inacabada, y el omitir realizar el resto de las acciones sería considerado desistimiento. En los casos en que el autor no tuviese un plan preconcebido, habría que atender al momento de concluir la ejecución: si considera suficiente para la consumación lo hecho hasta ese momento, la tentativa será acabada, mientras que si no lo considera suficiente ésta será inacabada y el desistimiento, por tanto, posible. Tres críticas fundamentales y definitivas fueron planteadas a esta teoría: en primer lugar, perjudica incomprensiblemente al delincuente menos peligroso, que cree poder consumir el delito mediante un único acto, frente a aquel que planea la realización de varios con el fin de asegurar la ejecución y frente a quien no ha pensado en los medios que va a utilizar ni en los actos que va a ejecutar. En el «caso del albornoz», si el sujeto había planeado matar a la víctima ahogándola con el albornoz, el fracaso de ese primer medio imposibilitaría el desistimiento, pero si había planeado ahogarla con el albornoz y, en caso de fracasar ese medio, estrangularla con las manos, el hecho de poner en práctica solo el primer medio supondría una tentativa inacabada y quedaría abierta la puerta al desistimiento. En segundo lugar, para decidir sobre la posibilidad de desistimiento se fija en unos casos en el momento del inicio de la ejecución y en otros casos en el momento de concluirla, cuando lo correcto es optar por una u otra perspectiva. Finalmente, el criterio se presta a la manipulación, dada la dificultad de probar qué se representó el sujeto antes de dar comienzo a la ejecución del hecho. Sobre estas críticas, véanse ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 201; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, ob. cit., p. 134, nota 23; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., pp. 144 ss.

⁸⁰ A favor de esta tesis en Alemania, fundamentalmente, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., Gieseking, Bielefeld, 1985, p. 489; BERGMANN, *Einzelakts...?*, ob. cit., p. 351; GEILEN, *Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch*, JZ 1972, pp. 335 ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, ob. cit., p. 907; KÜHL, *Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung*, JuS 1981, p. 195; ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, pp. 230 ss. En cuanto a su defensa por parte de la doctrina española, véase *supra* nota 26. El TS las sigue en el relatado «caso del albornoz».

evitación del resultado; lo mismo valdría para quien activa el mecanismo de una bomba de relojería que puede desconectar antes de que explote⁸¹. En definitiva, según esta tesis, desde el momento en que el sujeto ejecuta la acción planeada y deja seguir su curso al proceso causal del que ya ha perdido por completo el control hay tentativa acabada y, aunque el resultado no se haya producido, no puede desistir dejando de actuar.

En defensa de la consideración individualizada es frecuente alegar que no puede legitimarse la exención de pena por desistimiento cuando al sujeto ya se le ha ido por completo de las manos el suceso, aunque renuncie a continuar con la ejecución. Si el resultado no se produjo fue por azar, y también se debe únicamente a la casualidad que al sujeto se le presente la opción de continuar actuando, por lo que, si bien es meritorio el hecho de abstenerse de utilizar sus posibilidades de ultimar la ejecución, ello no es suficiente para lograr la impunidad: si llegó tan lejos, merece ser castigado⁸². Por su parte, *Jakobs* llega a las mismas conclusiones desde su ya conocida contraposición entre modificación del hecho y comportamiento posterior al hecho: solo cabrá el desistimiento en los hechos que aún sean susceptibles de modificación, y lo son aquellos respecto de los cuales el sujeto no ha perdido el dominio; por el contrario, cuando el sujeto pierde aunque sea solo una posibilidad de influir en el suceso, lo que haga a partir de entonces ya no puede considerarse modificación del hecho (desistimiento), sino comportamiento postdelictivo⁸³.

El sector doctrinal que critica esta concepción se apoya básicamente en que esta teoría no puede explicar por qué en los casos indiscutidos de tentativa acabada en los que el sujeto tras ejecutar una

⁸¹ Véase ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Auflage, C. H. Beck, München, 2010, § 24, n. m. 21, quien distingue, dentro de la tentativa acabada, entre los intentos que han alcanzado una autonomía relativa (susceptibles de desistimiento activo) y aquellos plenamente autónomos (fracasados). También, como veremos, con otra fundamentación, JAKOBS.

⁸² Resumen estas ideas, BERGMANN, *Einzelakts-...?*, ob. cit., pp. 339-340; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., pp. 148-149.

⁸³ JAKOBS, *Derecho penal*, ob. cit., pp. 899, 907; el mismo, *El desistimiento como modificación del hecho*, en «Estudios de Derecho penal», UAM/Civitas, Madrid, 1997, pp. 328 ss.; el mismo, *La conducta de desistimiento*, en «Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo», Thomson/Civitas, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, p. 562: «debe regir una estricta consideración individual, y ello significa que cualquier acto individual que desde la perspectiva del autor —partiendo de un juicio racional (es decir, de modo objetivamente imputable)— podría conllevar la realización del tipo sin que ello pudiera remediarse, pero no lo hace, debe ser valorado como tentativa fracasada que excluye, en lo que a ella se refiere, cualquier desistimiento. No se puede desistir de lo que ha salido del propio dominio».

acción cuenta con la posibilidad de que se produzca el resultado cabe obtener la impunidad por desistimiento —activo— mientras que en los casos aquí estudiados se cierran todas las puertas al desistimiento. Es decir, quien dispara y no da en el blanco no puede desistir, pero si hiere de gravedad a la víctima puede conseguir aún la impunidad por la tentativa si evita la producción del resultado⁸⁴. Pero lo cierto es que algunos de los defensores de la teoría de la consideración individual no incurren en esta contradicción, pues tampoco aceptan la posibilidad de desistimiento en el segundo ejemplo. Así, según *Jakobs*, en estos casos la consumación que no se ha producido tras el intento fracasado no cabe ya evitarla; lo que se evita es una consumación posterior, pero ello no libera de responsabilidad por la tentativa inicial⁸⁵.

Entre nosotros, también *Gimbernat* llega a la misma conclusión. A su modo de ver, si un sujeto dispara contra el abdomen de otro con el fin de acabar con su vida de forma instantánea, pero la bala no consigue impactar en el corazón y no muere, la razón por la que la muerte no se ha producido es independiente de la voluntad del autor: en este caso, su mala puntería. Si el sujeto luego avisa al hospital, donde se consigue salvar la vida del herido, ello solo puede tener relevancia como atenuante aplicable a una tentativa acabada de homicidio⁸⁶. En defensa de su tesis alega este autor razones jurídicas y de política criminal. En cuanto a las razones jurídicas, entiende que cuando el Código penal, en el art. 16.1 dispone que hay tentativa acabada cuando el sujeto practica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado «y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor», «está estableciendo un *point of no return* a partir del cual ya no es posible el desistimiento», es decir «para que pueda entrar el desistimiento voluntario se exige previamente, en ese art. 16.1, que no haya sido el azar el que ha decidido la no producción del resultado, sino únicamente una causa reconducible al autor (...) sólo en ese caso (...) de acuerdo ahora con el artículo 16.2, el autor está todavía a tiempo de desistir voluntariamente»⁸⁷. Por ello critica que el Tribunal Supremo lleve a cabo una lectura aislada del art. 16.2, sin ponerlo en relación con el

⁸⁴ Véanse, por ejemplo, JÄGER, *Betrachtungen zur Reform des Rücktritts vom Versuch*, en PÉREZ ÁLVAREZ (Ed.): «Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero», Universidad de Salamanca, 2007, p. 333; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, pp. 149-150.

⁸⁵ JAKOBS, *Derecho penal*, ob. cit, p. 909; el mismo, *El desistimiento*, ob. cit, p. 335.

⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *El desistimiento*, ob. cit., p. 31.

⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *El desistimiento*, ob. cit., p. 30.

art. 16.1, al considerar la impunidad de la tentativa en estos casos por desistimiento. Pues bien, en opinión de *Gimbernat*, el art. 16.1 establece un presupuesto de la regulación del desistimiento propiamente dicha (art. 16.2) y, dado que dicho presupuesto falta en estos casos, la evitación de la consumación solo puede dar lugar a una atenuación de la pena en aplicación de la atenuante de reparación del daño causado (art. 21. 5.^a)⁸⁸. Por lo que respecta a las razones político-criminales, cree *Gimbernat* que de admitirse la impunidad por desistimiento en los supuestos de tentativa acabada de homicidio en los que se causan lesiones graves, se estaría tratando mejor al delincuente que ha creado mayor peligro para la víctima, pues a éste solo podría castigársele por el delito de lesiones, mientras que a quien ha errado el tiro o a quien solo ha producido leves rasguños se le castigaría por la tentativa, pues no hay resultado de muerte cuya producción evitar⁸⁹.

En realidad, por tanto, los defensores de la teoría de la consideración individualizada —al menos los dos autores citados— no incurrir en la incoherencia que se les achaca, pues niegan el desistimiento en todos los casos en que se practica una conducta que el sujeto entiende como idónea *ex ante* para producir el resultado (tentativa acabada) desde el momento en que se ha perdido el control del curso causal (y sin posibilidad de desistimiento). Si *ex post* el sujeto puede de algún modo recuperar el control que perdió sobre el curso causal, bien porque puede seguir actuando para conseguir la consumación pretendida, y no lo hace, bien porque tiene ocasión de llevar a cabo acciones que impidan la producción del resultado, y las pone en práctica, esas conductas ya no pueden dar lugar a la impunidad por desistimiento⁹⁰. Solo la actuación antes de haber perdido por completo el control del curso causal puede determinar la presencia de un desistimiento en una tentativa acabada: suministrar un antídoto antes de que surta efecto un veneno que tarda tres horas en producir sus efectos letales o desactivar antes de que explote la bomba que se ha instalado⁹¹.

⁸⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *El desistimiento*, ob. cit., p. 31.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁹⁰ En palabras de JAKOBS, *El desistimiento*, ob. cit., p. 335, «el autor sólo puede desistir en la medida en que pueda revertir todavía de un modo planificado y seguro el camino que conduce hacia la realización del tipo. (...) Con otras palabras, esto significa que el autor sólo puede desistir en aquellos casos de la tentativa acabada en los que el curso que va de la creación del peligro a su realización todavía depende con certeza de su conducta». Véase también, el mismo, *La conducta*, ob. cit., pp. 561-563.

⁹¹ Véanse estos ejemplos en GIMBERNAT ORDEIG, *El desistimiento*, ob. cit., p. 30.

Pero no es suficiente con demostrar la coherencia para dar por válida la consideración individualizada. El problema con el que se enfrenta esta tesis es que negar el desistimiento en los casos de tentativa acabada en los que el sujeto realiza un comportamiento activo para evitar la producción del resultado parece incompatible con el derecho vigente. En Alemania, *Bergmann*, defensor de la teoría de la consideración individualizada, entiende que salvar a la víctima tras poner en peligro su vida, por ejemplo a causa de un disparo, es un supuesto claramente comprendido en el tenor literal del § 24 I StGB, de manera que la consideración individualizada se enfrenta a un dilema irresoluble: o procede *contra legem* o admite el desistimiento en estos casos, incurriendo entonces en la ya señalada incoherencia de negarlo cuando al sujeto le basta con dejar de actuar para evitar la consumación⁹². También *Roxin* considera que precisamente en estos casos se demuestra que la tesis contradice la regulación legal del desistimiento, lo que representa el argumento decisivo en su contra⁹³.

En la doctrina española se oyen igualmente voces que apuntan en la dirección de considerar *contra legem* la negación del desistimiento cuando el autor recaba auxilio médico para el herido al que acaba de disparar con dolo de matar, pues se trata de un supuesto en el que el sujeto impide la producción del resultado (art. 16.2)⁹⁴. Además, el Pleno del Tribunal Supremo, en su Acuerdo no jurisdiccional de 15 de febrero de 2002 ya se ha pronunciado en el sentido de considerar estos casos como de desistimiento de una tentativa acabada. Precisamente los planteamientos de ese Acuerdo son los que critica *Gimbernat* con los argumentos anteriormente expuestos. Sin embargo, a mi entender, de la *ratio* de la regulación del desistimiento en la tentativa se deduce la conclusión contraria a la defendida por este autor, de manera que es perfectamente posible amparar en ella, según creo, tanto los casos de tentativa acabada en los que al sujeto le basta con dejar de actuar para evitar la consumación como aquellos en los que tiene que llevar a cabo un comportamiento activo, aunque haya perdido antes por completo el control del curso causal, siempre que tras la ejecución tenga en sus manos la posibilidad de evitar la producción del resultado.

Difícilmente puede llegarse a las mismas conclusiones que *Gimbernat* y *Jakobs* cuando el punto de partida es distinto. *Jakobs* busca el funda-

⁹² BERGMANN, *Einzelakts-...?*, ob. cit., p. 345. Por ello, propugna de *lege ferenda* una regulación menos rígida del desistimiento, que permita una atenuación de la pena en los casos en que el sujeto renuncia a continuar con la ejecución (*ibidem*, p. 353).

⁹³ ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 204.

⁹⁴ ASÍ, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., pp. 149-152.

mento de la regulación del desistimiento en la propia tentativa, en concreto, en su opinión, en la peculiaridad que presentan algunas tentativas de ser un hecho susceptible de modificación, lo que permite que sean anuladas por el desistimiento⁹⁵. La tentativa supone un quebrantamiento de la norma, pero la conducta de desistimiento que tiene lugar después expresa que «sólo brevemente ha existido el quebrantamiento de la norma». «Dicha minimización del quebrantamiento de la norma tiene lugar en todos los escalones del delito» y es lo que justifica la renuncia a la pena aunque quede un resto de injusto⁹⁶. Por su parte, *Gimbernat*, como hemos visto, considera que de la definición legal de la tentativa se deduce un presupuesto del desistimiento. En contra de estas opiniones, entiendo que la conducta constitutiva de tentativa y el comportamiento de desistimiento deben ser valorados de forma independiente. En el momento en que el sujeto desiste (por omisión o por acción) la tentativa ya ha tenido lugar; se trata de un hecho pasado, desvalorado jurídicamente, y como tal, no es susceptible de ser anulado ni modificado: lo injusto de la tentativa, una vez configurado, no se puede modificar en ningún caso. Lo que ya ha pasado nunca se puede cambiar: el sujeto ha apuntado con el arma (aunque no ha disparado), ha disparado (aunque la bala no ha dado en el blanco), ha disparado y la bala ha dado en el blanco (aunque la víctima no ha muerto); todos estos actos, que, guiados por el ánimo de matar, representan tentativa de homicidio, inacabada en el primer caso y acabada en los dos restantes, no pueden verse afectados ni como hechos en sí ni desde el punto de vista de las valoraciones que recaen sobre ellos por lo que el sujeto haga o deje de hacer después. El comportamiento posterior a la tentativa, es decir, postdelictivo, puede, eso sí, influir en el futuro y éste es, a mi modo de ver el dato decisivo al que hay que atender en materia de desistimiento, pues ya es sabido que no se desiste de la tentativa, sino de lograr la consumación⁹⁷.

⁹⁵ JAKOBS, *El desistimiento*, ob. cit., pp. 326-327.

⁹⁶ JAKOBS, *Derecho penal*, ob. cit., pp. 899-900. Se vea la tentativa anulada o minimizada por el desistimiento, lo cierto es que esta argumentación recuerda a las antiguas teorías jurídicas (sobre ellas, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Universidad Complutense/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 44 ss.). En realidad, la tesis de *Jakobs* constituye una actualización o modernización de los planteamientos de aquellas teorías jurídicas. En España POZUELO PÉREZ parte de los planteamientos de *Jakobs*, entiende la tentativa y el desistimiento como una unidad en sentido valorativo, considera que la conducta de desistimiento cumple el mismo deber que el de omitir realizar conductas típicas, concluyendo, en consecuencia, que cuando hay desistimiento la tentativa no ha llegado a existir, es decir, los actos se han realizado, pero «no reciben, valorativamente, el calificativo de tentativa si ha mediado desistimiento» (*El desistimiento*, ob. cit., pp. 241 y ss).

⁹⁷ Aunque, en parte, sacándolas de contexto, podría hacer más las palabras de CUELLO CONTRERAS: «entre la tentativa y el desistimiento no hay continuidad, sino

La conducta de desistimiento, que se orienta a la dirección contraria a la de la previa tentativa, debe valorarse con argumentos extrínsecos a la fundamentación de lo injusto de la tentativa. Desde este punto de vista, es más consecuente recurrir a consideraciones político-criminales a la hora de justificar la impunidad por desistimiento, que partan del fin de protección de los bienes jurídicos propio del Derecho penal: aunque el sujeto llevó a cabo acciones tendientes a lesionar un bien jurídico, dicha lesión finalmente no tuvo lugar porque el mismo sujeto quiso luego que no se produjese⁹⁸. El sujeto actuó con el fin de evitar la lesión del bien jurídico y consiguió evitarla, con lo que merece la impunidad por no ser necesaria la pena⁹⁹.

Todo ello debe conducir, según creo, a defender que para valorar el comportamiento de desistimiento hay que tener en cuenta lo que acontece en el momento en que el sujeto tiene abierta la posibilidad de desistir, es decir, de evitar la consumación. En consecuencia, lo fundamental es lo que haga el sujeto tras haber concluido la tentativa, así como cuál sea el resultado de su actuación, dado que nuestro Código penal solo otorga relevancia al desistimiento eficaz en casos de auto único. Y entiendo que cuando, tras la tentativa, aunque haya habido algún fracaso, el sujeto tenga todavía en sus manos la posibilidad de evitar el resultado —dejando de actuar o mediante un comportamiento activo— y así lo aprecie¹⁰⁰, cabe el desistimiento liberatorio de punibilidad. Como

auténtica ruptura (...). Lo único relevante, a efectos del desistimiento idóneo, es lo acontecido a partir de un momento crucial en el que el autor da un giro de 180 grados; es decir, el desistimiento es desenvolvimiento de una nueva voluntad de evitación del resultado que, en función de lo avanzado del plan criminal desistido, requerirá unos actos u otros (o un mero no actuar más)» (*El Derecho Penal II*, ob. cit., p. 112).

⁹⁸ Lo que sí elimina, por tanto, el desistimiento voluntario y eficaz es el propio fundamento de aplicación de la pena: si el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos y, para conseguir ese objetivo prohíbe y sanciona después los comportamientos dirigidos por la voluntad a su lesión (CEREZO MIR, *Curso II*, p. 128), no tiene sentido aplicar una pena a quien, a pesar de haber llevado a cabo previamente una conducta prohibida, consigue evitar la lesión del bien jurídico.

⁹⁹ Véase ya, en sentido similar, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, ob. cit., pp 36 y s. También, entre otros, CEREZO MIR, *Curso III*, ob. cit., p. 195; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal II*, ob. cit., pp. 123-124; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*, ob. cit., pp. 141-142. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, ob. cit., pp. 56 ss. y 64 ss. critica la teoría del fin de la pena y recurre a los principios de equidad, *ultima ratio* e intervención mínima para fundamentar la impunidad de la tentativa por desistimiento. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, ob. cit., pp. 112-114, combina la teoría de fin de la pena con los principios de equidad, *ultima ratio* e intervención mínima.

¹⁰⁰ Si el sujeto tiene todavía en sus manos la evitación del resultado, pero él no lo sabe, o cree que no la tiene (ha disparado a la víctima y no le ha alcanzado, aún tiene más balas, pero cree que ha vaciado el cargador; ha disparado y herido a la víctima,

ya he adelantado, el último inciso del art. 16.1 y el art. 16.2 vienen a decir en esencia lo mismo, a saber, que la tentativa queda impune si la razón por la que el delito no se consuma es porque el autor evita voluntariamente la consumación¹⁰¹. Por tanto, el art. 16.1 no contiene un presupuesto de aplicación del art. 16.2¹⁰². Interpreta Gimbernat el último inciso del art. 16.1 en el sentido de que desde el primer momento en que el sujeto pierde, voluntariamente, el control del curso causal, pierde, a la vez, la posibilidad de desistir voluntariamente, con independencia de lo que pase después (que la bala no dé en el blanco y pueda seguir disparando, que la bala dé en el blanco pero la vida de la víctima aún pueda salvarse). Según él, en dicho inciso se establece cuándo es posible el desistimiento y deduce de allí que solo lo es en tanto en cuanto el sujeto no haya abandonado el control del curso causal. Dicho de otra manera: el mismo planteamiento (perspectiva de la ejecución) que le lleva a definir la tentativa acabada le sirve para determinar la posibilidad de desistimiento voluntario. Sobre ello hay que decir que, efectivamente, si el sujeto dispara y la víctima no muere, porque el disparo no le alcanza o porque, aun alcanzándole, la muerte no es instantánea, ha dependido solo del azar que la víctima no muriese *en ese momento*. Sin embargo, el desistimiento consiste en evitar —en que el autor evite— voluntariamente la consumación del delito (no en evitar el resultado que pudo producirse como consecuencia de la primera acción idónea para producirlo) y el sujeto podrá evitar la consumación mientras siga dependiendo de su voluntad la producción del resultado. Habrá habido un fracaso, pero solo un fracaso momentáneo, no un fracaso definitivo. La tentativa solo ha fracasado definitivamente, y no cabe el desistimiento, cuando ya no esté en manos del autor la producción del resultado y no pueda decidir, por tanto, si sigue persiguiendo la consumación o si abandona su idea inicial. Resulta excesivo, a mi modo de ver, restringir el desistimiento en la tentativa acabada a los casos en que transcurre un lapso de tiempo entre la realización de los actos ejecutivos y la producción del resultado, que faculta una posible intervención del sujeto tendente a su evitación.

Por otra parte, dado que, como vengo defendiendo, merece la impunidad tanto la tentativa de quien ha errado el tiro (o ha causado ras-

cuya vida podría ser salvada, pero cree que está muerta) no cabe la impunidad por desistimiento (véase el concepto de tentativa fracasada *supra*, nota 28).

¹⁰¹ El art. 16.2, además, especifica las modalidades de desistimiento y aclara que la impunidad de la tentativa no abarca la de los otros delitos que se hayan consumado al realizar esos actos ejecutivos.

¹⁰² Dado que tal y como aquí se entiende, el art. 16.2 reitera la idea previamente contenida en el último inciso del art. 16.1, este inciso podría rezar, simplemente, «y sin embargo, éste no se produce». Así se evitarían, además, los problemas de considerar la falta de desistimiento como integrante del tipo de la tentativa.

guños) y no continua disparando pudiendo hacerlo, como también la de quien causa heridas graves y evita la muerte mediante una conducta activa, siendo únicamente punibles las lesiones dolosas consumadas, no le afectan a la tesis que aquí se mantiene las razones político-criminales que aduce *Gimbernat*, que, recordemos, se basan en que de admitirse la impunidad por desistimiento en los supuestos de tentativa acabada de homicidio en los que se causan lesiones graves, se estaría tratando mejor al delincuente que ha creado mayor peligro para la víctima, pues a éste solo podría castigársele por el delito de lesiones, mientras que a quien ha errado el tiro o a quien solo ha producido leves rasguños se le castigaría por la tentativa, pues no hay resultado de muerte cuya producción evitar¹⁰³. El razonamiento de este autor, que niega el desistimiento en ambos casos es acorde con su punto de partida y coherente, pero se añade el argumento, tantas veces esgrimido por los defensores de la consideración individualizada, de que en los casos en que el disparo no da en el blanco no se puede desistir porque no hay resultado cuya producción pueda evitarse. Se parte, una vez más, de que en la tentativa acabada solo cabe el desistimiento activo, cuando lo cierto es que ello no viene impuesto por la regulación legal. El art. 16.2 solo dice cuáles son las formas de evitación de la consumación, siendo una de ellas la de desistir de la ejecución ya iniciada, y esto es precisamente lo que hace el sujeto en los ejemplos propuestos¹⁰⁴.

Por estas razones entiendo que la teoría de la consideración individualizada no acierta en sus soluciones en materia de desistimiento. El argumento de que esta teoría no se ajusta a lo dispuesto en el Código penal en materia de desistimiento es la crítica más importante que ha recibido, pero puede añadirse además, como argumento de menor relevancia, que la tesis no favorece los intereses de la víctima, pues si el autor sabe que tras haber fallado un intento la renuncia a ulteriores actos ejecutivos no le va a proporcionar la impunidad por desistimiento, le resulta más rentable continuar con la ejecución hasta matar a la víctima, excluyendo así una posible denuncia y disminuyendo por tanto considerablemente el riesgo de ser descubierto¹⁰⁵.

¹⁰³ GIMBERNAT ORDEIG, *El desistimiento*, ob. cit., pp. 31 y 32. Por otra parte, *Gimbernat* cree que en el ejemplo de producción de lesiones graves, con posterior actuación que evita la muerte, hay que aplicar la atenuante de reparación del daño. No especifica si la atenuante debe aplicarse también a quien no da en el blanco tras el primer disparo y deja de disparar, dado que no hay ningún daño que reparar. Pero la no aplicación de la atenuante en este caso determinaría que la tentativa fuese objeto de una sanción superior en delincuentes que han creado un peligro menor.

¹⁰⁴ Sobre el anclaje legal de la teoría de la consideración global, tanto en Alemania como en España, véase JÄGER, *Betrachtungen*, ob. cit., pp. 332-333.

¹⁰⁵ ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 188, si bien reconoce, como es evidente, que la mayoría de los delincuentes desconocen la regulación del desistimiento.

2. Toma de postura a favor de la consideración global

A mi modo de ver, como ya he avanzado, en materia de desistimiento es la teoría de la consideración global la más acorde con el fundamento de la regulación del desistimiento, así como con la regulación vigente. Para esta teoría, lo decisivo es la representación el autor tras haber llevado a cabo uno o varios actos ejecutivos que no han dado lugar a la consumación («horizonte del desistimiento»). Si tras ese fracaso parcial la consumación todavía es posible y el sujeto lo sabe, la tentativa no ha fracasado aún definitivamente¹⁰⁶. La renuncia a llevar a cabo actos ulteriores es un desistimiento que, en caso de ser voluntario, dará lugar a la impunidad de la tentativa¹⁰⁷. Desde este planteamiento, se contempla el suceso como un todo unitario, que incluye tanto lo realizado como lo que es posible realizar; unos y otros actos formarían una unidad natural de acción, siempre que concurriese entre ellos una conexión espacio-temporal¹⁰⁸.

En definitiva, mientras el sujeto tenga todavía en sus manos la posibilidad de evitar el resultado cabe desistir. A la hora de valorar cuándo tiene el sujeto todavía el control sobre la producción del resultado es preciso adoptar una perspectiva que mire hacia el futuro. Es evidente que cuando el sujeto aprieta el gatillo y dispara con dolo de matar a otro ha perdido, en ese momento, el control del curso causal, y por eso la tentativa es acabada, pero si la bala no da en el blan-

¹⁰⁶ Obviamente, en los casos en que tras un fracaso sea posible continuar la ejecución con otros medios pero el sujeto no repare en ellos ya no cabe el desistimiento. La tentativa, desde su punto de vista, habrá fracasado, pues ya no puede elegir entre continuar actuando o dejar de actuar (ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 194; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, ob. cit., p. 160).

¹⁰⁷ Siguen esta tesis, en Alemania, entre otros, JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, Beck, München, 1996, pp. 122 ss.; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Heidelberg, 1997, p. 478; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Vahlen, München, 2008, pp. 478-481; PUPPE, *Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt*, NStZ 1986, p. 16; ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, nn. mm. 187 ss.; RUDOLPHI, *SK*, ob. cit., § 24, n. m. 14; SCHLÜCHTER, *Normkonkretisierung am Beispiel des Rücktrittshorizonts*, en «Festschrift für Jürgen Baumann», Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 83 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2004, p. 254, si bien entiende que la impunidad a la que conduce esta teoría, dada la regulación vigente del desistimiento, puede representar una solución poco satisfactoria; STRENG, *Rücktritt un dolus eventualis*, JZ 1990, p. 214; OTTO, *Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt*, Jura 1992, pp. 427 ss. En España se manifiestan expresamente a favor de esta tesis los autores citados *supra* en nota 25.

¹⁰⁸ Se discute, en cambio, sobre cuándo debe entenderse que concurre dicha conexión. Un ejemplo de ello puede verse en ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, nn. mm. 199 y 200.

co y posee opciones de seguir disparando el azar le concede una segunda oportunidad, pues recupera el control sobre la producción del resultado, y si decide no seguir intentándolo merece la impunidad, pues el bien jurídico ha resultado indemne por su propia voluntad, con lo que ya no es necesaria la intervención penal. Por otro lado, si la bala ha dado en el blanco, causando heridas de gravedad, el hecho de que la muerte no se produzca en ese momento, inmediatamente, también depende del azar y no de la voluntad del sujeto, pero eso no significa que las puertas del desistimiento estén ya cerradas: si el autor traslada a la víctima a un hospital donde los médicos consiguen salvarle la vida (o si él mismo lo consigue), finalmente el resultado de muerte no se habrá producido porque el sujeto lo habrá evitado, con lo que también merece la impunidad.

Contra la teoría de la consideración global se aduce básicamente que extiende en demasía el ámbito de la aplicación de la regulación del desistimiento. Al autor le bastaría con alegar que conocía la posibilidad de seguir actuando y que contaba con medios para ello, pero que renunció a ponerlos en práctica, para lograr la impunidad de la tentativa, lo que le resultaría relativamente fácil, pues en muchas ocasiones se dan otras hipotéticas posibilidades de actuación. En realidad, si esta crítica ha estado presente es porque durante mucho tiempo no ha estado claro —y todavía no lo está del todo— cómo ha de establecerse la relación entre los actos ejecutivos ya llevados a cabo y aquellos que se muestran después todavía como posibles para conseguir consumar el delito. La objeción podría disiparse, por tanto, considerando que el desistimiento es únicamente posible cuando la renuncia del sujeto a practicar ulteriores actos ejecutivos pueda justificarse con argumentos objetivos. Desde este punto de vista, los autores que optan por esta teoría incorporan restricciones a la misma, ciertamente necesarias, dando lugar a la denominada por ellos mismos «teoría de la consideración global modificada», que supone en cierta medida un acercamiento a la teoría de la consideración individualizada¹⁰⁹.

Así, el desistimiento solo debe admitirse cuando el autor sepa que existen otros medios para conseguir la consumación *que considere apropiados para él*, y, pese a ello, se abstenga de utilizarlos. Esto sucederá —y aquí es donde se encuentran los puntos de apoyo objetivos— sin duda cuando sea posible continuar la ejecución utilizando los mismos medios (dejar de disparar teniendo a la víctima aún a tiro y sabiendo que hay más balas en el cargador). En cambio, cuando

¹⁰⁹ Así, JÄGER, *Betrachtungen*, ob. cit., pp. 333-334; ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 197.

para continuar la ejecución sea preciso poner en práctica otros medios¹¹⁰, no basta con dejar de utilizarlos para que haya desistimiento, pues quizá el sujeto no estuviese dispuesto a acudir a ellos, aunque reparara en su existencia. Únicamente si el autor puso en práctica esos medios abandonándolos después cabrá el desistimiento, pues solo en ese caso se podrá probar con indicios objetivos que el sujeto reconoció como apropiado y cómodo para él ese medio, y que estaba en condiciones de utilizarlo. Únicamente entonces podría hablarse de una vuelta a la legalidad o «reversión del peligro» y no de una mera omisión de ejecutar nuevos actos peligrosos. Así, por ejemplo, si el marido pretende matar a la mujer envenenándola, pero el veneno no surte efecto, no desiste por el hecho de que no la haya apuñalado, pues quizá no estuviese dispuesto a desarrollar actos ejecutivos que incluyesen violencia¹¹¹. Ahora bien, entiendo que cuando el autor, aun teniendo la posibilidad objetiva de utilizar otros medios (sabe que existen y podría utilizarlos) no lo hace, porque se siente incapaz, por ejemplo, porque no tiene valor, es decir, en los casos de imposibilidad subjetiva, es dudoso que no pueda hacerse entrar en juego la figura del desistimiento, pues se premia al que tiene mayor energía criminal, frente a quien no está dispuesto a llegar tan lejos¹¹².

V. Recapitulación

Lo expuesto en las páginas precedentes puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Se encuentra ampliamente extendida la afirmación de que en los casos de tentativa inacabada la evitación de la consumación, con efecto de exclusión de la punibilidad de la tentativa, ha de consistir en un desistimiento de la ejecución ya iniciada (desistimiento pasivo), mientras que en los casos de tentativa acabada, el sujeto tiene que realizar actos que impidan la producción del resultado (desistimiento

¹¹⁰ Niega por completo la posibilidad de desistimiento cuando los medios susceptibles de uso en los distintos actos ejecutivos sean distintos RANFT, *Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung*, Jura 1987, p. 527.

¹¹¹ Véanse JÄGER, *Betrachtungen*, ob. cit., pp. 333-334; ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., § 30 V, n. m. 195. También SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, pp. 161-162, entiende que si los medios de los que el sujeto aún dispone difieren sustancialmente de los utilizados, que el autor prescinda de ellos no permite deducir sin más «que se aparte del delito y evidencie su falta de energía criminal», por lo que el hecho de no utilizar la segunda posibilidad no representa un desistimiento.

¹¹² Sobre ello, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *¿Tentativa fracasada...?*, p. 163.

activo). Esa afirmación solo puede tener dos razones de ser: o se quiere decir que una vez determinada la forma de tentativa resulta sencillo saber qué tiene que hacer o dejar de hacer el sujeto para desistir o bien, a la inversa, se pretende que la decisión sobre la forma de tentativa sea tomada tras haberse averiguado en el caso concreto cómo tendría que comportarse el sujeto para desistir.

2. Como ese punto de partida pretende mantenerse a toda costa, los casos en que el sujeto ha realizado actos ejecutivos aptos para producir el resultado, pero que han resultado fallidos, pudiendo no obstante el sujeto todavía lograr la consumación, se resuelven de dos formas: o bien se entiende que son supuestos de tentativa inacabada y, por lo tanto, el sujeto puede desistir dejando de realizar los actos que podrían desembocar en el resultado (teoría de la consideración global), o bien se considera que son casos de tentativa acabada, de la que no es posible desistir (teoría de la consideración individualizada).

3. Pero ninguno de esos dos puntos de vista convencen en todos sus términos, pues la perspectiva desde la que corresponde enjuiciar si la tentativa es acabada o inacabada no coincide con la que hay que adoptar para valorar la posibilidad de desistimiento.

4. Para saber si se han practicado todos o parte de los actos ejecutivos hay que atender al momento de la ejecución y no al resultado de la misma. Si el sujeto hizo todo lo que había que hacer según su plan para que la consumación tuviera lugar, de manera que al terminar la ejecución la producción del resultado solo depende del azar, la tentativa estará acabada. Por tanto, en los supuestos tratados estamos ante casos de tentativa acabada.

5. Pero en la tentativa acabada también es posible lograr la impunidad por desistimiento, lo que sucederá siempre que el sujeto evite voluntariamente la consumación del delito. En lo que hay que fijarse ahora no es en el proceso ejecutivo que caracteriza la tentativa, sino en cómo se presenta la situación tras la realización de los actos ejecutivos: si la consumación o su evitación dependen todavía de cómo se comporte el sujeto en ese momento, aún puede desistir. Y dado que en los casos planteados el sujeto está a tiempo de evitar la consumación, dejando de actuar, si lo hace voluntariamente merece la impunidad.

6. En consecuencia, los casos planteados son constitutivos de tentativa acabada, pero el desistimiento, de ser posible, tiene que ser pasivo, solución que ya se intuye en las declaraciones de algunos autores españoles y que lleva a concluir que no siempre la tentativa acabada debe vincularse con un desistimiento activo.

